

Les Difficultés soulevées par l'application de la loi du 31 Décembre 1925 sur la Clause Compromissoire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée en Décembre 1939

PAR

Charles REFORT

Président : M. CASSIN, Professeur

*Thèse dispensée de la soutenance en exécution
des dispositions prises par M. le Ministre de l'Education
Nationale en faveur des étudiants mobilisés*

PARIS
MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1939

Les Difficultés soulevées
par l'application de la loi du 31 Décembre 1925
sur la Clause Compromissoire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée en Décembre 1939

PAR

Charles REFORT

Président : M. CASSIN, Professeur

*Thèse dispensée de la soutenance en exécution
des dispositions prises par M. le Ministre de l'Education
Nationale en faveur des étudiants mobilisés*

PARIS
MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Jusqu'à une date assez récente, la loi française, à l'encontre de la plupart des lois étrangères, ignorait la clause compromissoire. Le Code de Commerce connaissait bien le compromis, c'est-à-dire la convention d'arbitrage conclue au moment où le litige est né, mais ne disait rien sur la possibilité pour les parties de convenir à l'avance, dans un contrat, que les contestations qui pourraient en naître seraient de la compétence des arbitres : c'est précisément là la clause compromissoire.

Cette clause était cependant extrêmement utile pour les commerçants et l'interdiction de la jurisprudence ayant été sans cesse critiquée par la doctrine pendant tout le cours du xix^e siècle et le début du nôtre, il fut mis fin à la controverse par la loi du 31 décembre 1925 qui ajouta un alinéa à l'article 631 du Code de Commerce, en rendant possible la clause compromissoire, mais en matière commerciale seulement.

Mais la nouvelle loi était d'une brièveté extraordinaire et laissait forcément inexplicées des questions délicates. Les lacunes de la loi ne sont pas toutes involontaires : quelques-unes ont même été

discutées à la Société d'Etudes législatives (1). Il n'en reste pas moins que la loi est incomplète et son application a déjà rencontré un certain nombre de difficultés. La loi a été analysée avec beaucoup de perspicacité et, déjà au lendemain de son vote, M. Morel en a publié une critique rigoureuse (2), en énumérant point par point les difficultés qu'elle rencontrera dans son application.

Ce n'est pas dans notre intention de reprendre tous ces points. Nous ne nous proposons d'étudier ici que les difficultés pratiques, c'est-à-dire celles qui ont déjà donné naissance à une jurisprudence dont on puisse dégager le sens et la portée. Il nous semble que les autres difficultés ne sont que théorique, ou, si l'on veut, ne sont pas des difficultés d'application à proprement parler.

Les questions que nous nous proposons d'analyser dans des chapitres séparés sont au nombre de quatre.

Dans un chapitre premier, nous nous demanderons si la loi du 31 décembre 1925 est ou non rétroactive.

Une seconde difficulté — qui fera l'objet d'un deuxième chapitre — est la question de savoir par quels moyens l'on pourra prouver la clause com-

(1) V. l'article de M. Albert Wahl, dans la *Semaine Juridique*, n^{os} 2 et 3.

(2) Morel : *La clause compromissoire en matière commerciale*.

promissoire. Y appliquera-t-on les modes de preuve du compromis ou celles du droit commun et, là encore, ne faut-il pas faire des distinctions ?

Un troisième chapitre sera consacré au cas où on désigne comme arbitres non des personnes déterminées mais un organisme arbitral, dont la composition peut varier. Une telle clause compromissoire est-elle valable ?

Enfin, notre dernier chapitre aura pour tâche d'étudier l'arduo problème des sanctions. C'est là, à notre avis, la difficulté la plus grave soulevée par la nouvelle loi. Que pourra-t-on lorsque l'une des parties refusera de désigner son arbitre ? Décidera-t-on, en l'absence de textes, que le tribunal fera la désignation à la place de la partie défaillante ? Mais ne change-t-on pas alors le caractère de l'arbitrage qui, d'amicable, devient forcé ?

Dira-t-on, au contraire, qu'il y a là une obligation de faire qui ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts ? Mais ne fausse-t-on pas encore le but de la clause compromissoire en la rendant totalement inefficace ? Autant de questions que nous aurons à exposer. Il ne nous restera ensuite qu'à conclure.

Mais avant de procéder à l'étude de toutes ces difficultés, il nous semble essentiel, dans un chapitre préliminaire, de faire l'historique de la clause compromissoire et de dégager sa nature juridique.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

HISTORIQUE ET PRÉCÉDENTS DE LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1925

1. Le Code de Commerce et la jurisprudence postérieure à 1843 : arguments de textes. — 2. Réfutation des arguments de textes. — 3. Arguments économiques. — 4. Réfutation. — 5. Atténuations jurisprudentielles. — 6. Mouvement législatif. — 7. La loi du 31 décembre 1925.

1. — Le Code de Commerce ne semble pas s'être préoccupé de la clause compromissoire. S'il réglemente étroitement le compromis, il n'y est jamais parlé de la clause compromissoire, sinon dans le texte exceptionnel de l'article 332, concernant les assurances maritimes.

En partant des mêmes textes, muets sur la matière, la jurisprudence belge (1) a toujours validé la clause compromissoire. Au contraire, depuis un arrêt fameux (2) de la Cour de Cassation en date

(1) P. ex. Bruxelles, 12 février 1921 (D., Répertoire alphabétique, *Arbitrage-Arbitre*, n° 454), Cass. belge, 17 février 1888, D., 1889.2.168 ; Anvers, 28 février 1893, P.A., 1894.1.439.

(2) Auparavant, la jurisprudence française se prononçait, comme la jurisprudence belge, en faveur de la validité de la clause compromissoire : Rennes, 21 juin 1810 ; Amiens, 5 août 1833 ; Colmar, 24 août 1835 ; Cass. Req., 17 mai 1836 ; Bourges, 31 mars 1841 ; Paris, 7 mai 1843 (v. D., Rép. alphabétique, *Arbitrage-Arbitre*, n°s 447 ss.

du 10 juillet 1843 (3), la jurisprudence française s'est constamment prononcée en faveur de la nullité de cette clause.

Quels sont les arguments invoqués par la jurisprudence en faveur de sa thèse ?

Il y a tout d'abord des arguments de textes.

Le texte principal en la matière est l'article 1006 du C. Pr. Civ. qui exige, sous peine de nullité, l'indication de l'objet du litige et la désignation des arbitres. L'article 1006 est bien relatif au compromis et non à la clause compromissoire. Mais la jurisprudence — et ceci dès l'arrêt du 10 juillet 1843 — l'applique même à la clause compromissoire, la distinction entre le compromis et la clause compromissoire n'existant pas d'après la loi.

Or, cela revient à annuler, dans la plupart des cas, la clause compromissoire. Car s'il est parfois possible de désigner à l'avance les arbitres, le litige, par contre, n'existe pas encore et on ne sait peut-être pas encore à l'occasion de quel fait il naîtra.

Un second argument de texte est tiré par la jurisprudence *a contrario* de l'article 332 C. Com., qui autorise la clause compromissoire en matière d'assurances maritimes. Or, cette autorisation n'est

(3) S. 1843.1.511 et depuis dans le même sens, p. ex., Cass. 18 juin 1872, D. 1872.1.172 ; Cass. 15 juillet 1879, S. 1879.1.364 ; Cass. 22 mars 1880, S. 1881.1.10 ; Cass. 1^{er} décembre 1880, D. 1880.1.321.

reproduite par aucun autre texte et l'article 332 doit être considéré comme une exception au principe : dans aucune autre matière la clause compromissoire n'est permise.

Enfin — troisième argument — l'art. 31 du Code du travail (loi du 23 avril 1919) autorise la clause compromissoire dans les contrats collectifs de travail. Argument *a contrario*, comme plus haut : c'est là encore un texte exceptionnel, la règle étant l'interdiction de la clause compromissoire.

2. — Que valent ces arguments ? Ils nous semblent plus que faibles et nous allons essayer maintenant de les réfuter. Chemin faisant nous dégagerons la nature juridique de la clause compromissoire.

On a soutenu que celle-ci est nulle parce qu'on ne saurait y obéir aux prescriptions de l'article 1006 C. Pr. Nous avons cependant vu que rien ne s'oppose — et cela se fait souvent dans la pratique — à la désignation d'avance des arbitres. En outre, il est même possible de prévoir les litiges auxquels s'appliquera la clause ou tout au moins la nature des difficultés à propos desquelles la clause compromissoire pourra jouer, p. ex. appréciation de la qualité des marchandises, règlement du marché, modalités de la livraison, etc. D'ailleurs, lorsque ces précisions se trouvaient dans le contrat, les tribunaux ont dû valider la clause compromissoire, comme nous le verrons plus loin.

Mais on peut même aller plus loin : L'article 1006 du C. Pr. C. parle expressément du compromis et non de la clause compromissoire. Or, la jurisprudence les confond, ce qui est assez grave : la clause compromissoire n'est pas un compromis, tout au plus constitue-t-elle une promesse de compromis. La jurisprudence confond donc le contrat avec la promesse de contrat. Or, en dehors de la promesse de vente (qui « vaut vente ») la promesse de contrat est soigneusement distinguée du contrat lui-même. Par exemple, si le contrat de gage ne se forme que s'il y a eu dépossession du débiteur, la promesse de gage est valable en dehors de toute dépossession. On peut aussi citer des cas inverses où le contrat serait valable sans que la promesse le soit, p. ex. la promesse de mariage ou la promesse de donation.

C'est donc faux juridiquement d'appliquer à la clause compromissoire un texte expressément réservé au compromis.

Il en est de même des arguments tirés des articles 332 C. Com. et 31 du Code de travail. Si le Code de Commerce a proclamé la validité de la clause compromissoire en matière d'assurances maritimes, ce n'est pas pour énoncer une exception, mais simplement pour confirmer une clause qui était fréquemment employée et constituait en quelque sorte une coutume.

Quant à l'article 31, livre 1^{er} du Code du travail, il date d'une époque où justement la Cour de Cassation refusait de valider la clause. Il était donc nor-

mal de le prévoir expressément pour assurer cette validité.

Notons que malgré les innombrables critiques adressées à cette façon de voir, la confusion (évidente et regrettable) entre la clause compromissoire et le compromis a continué d'être commise par la jurisprudence même postérieurement à la promulgation de la nouvelle loi. Il a fallu, pour y mettre fin, plusieurs arrêts de cassation (4).

3. — Mais à côté de ces arguments de texte (dont nous croyons avoir démontré la faiblesse et qui cependant n'ont pas empêché la jurisprudence française jusqu'en 1843 et la jurisprudence belge même à l'heure actuelle de valider la clause compromissoire), la véritable pensée de la jurisprudence se révèle encore mieux dans ce passage de l'arrêt du 10 juillet 1843.

« Cette stipulation [il s'agit de la clause compromissoire] deviendrait en quelque sorte *banale et de pur style* : l'exception du droit commun serait la règle et l'on serait privé des garanties que présentent les tribunaux. On ne trouve pas chez les

(4) Cass. Civ. 16 juin 1936, G.P. 1936.2.524 ; Cass. Req. 13 décembre 1938, G.P. 1939.1.292 ; « Attendu que la loi du 31 décembre 1925... n'a subordonné la preuve et la validité dudit engagement à aucune condition exorbitante du droit commun et, en particulier, aux dispositions exceptionnelles des art. 1005 et 1006 C. Pr. Civ., qui ne concernent que le compromis lui-même. » (*Ibidem.*)

arbitres les qualités qu'on est assuré de trouver chez les magistrats : la probité, l'impartialité, la compétence, la délicatesse de sentiments, nécessaires pour rendre des jugements. »

A côté donc des arguments de texte, la jurisprudence a invoqué des arguments économiques : elle craint que la clause compromissaire ne devienne une clause de style, qu'elle ne soit signée à la légère, surtout dans les contrats d'adhésion, où les modalités des contrats ne sont pas librement débattues entre les parties. Dans ces conditions, il serait assez dangereux de se priver des garanties offertes par les tribunaux.

4. — Pour réfuter ces arguments, il faudrait tout d'abord énumérer les différents avantages de l'arbitrage : rapidité du jugement, réduction des frais de l'instance, souplesse des règles appliquées par les organismes arbitraux, enfin la compétence technique des arbitres. Il arrive souvent que les tribunaux embarrassés recourent d'eux-mêmes à des arbitres. Même si, à l'heure actuelle, les remises des affaires par les chambres arbitrales tendent à se multiplier, et même si les vacations des arbitres remplacent les frais devant les tribunaux, il faut reconnaître que l'argument de la technicité doit être retenu. C'est même celui qui a largement contribué au vote de la nouvelle loi. Car les craintes de la Cour de Cassation se sont révélées inutiles, étant donné que ce sont les commerçants eux-mêmes, par

de nombreux vœux des chambres de commerce et des fédérations commerciales et industrielles, qui ont réclamé la validité de la clause compromissoire. Et ceci s'est surtout manifesté dans le commerce des grains, où l'instabilité des prix demande aussi une appréciation très précise des qualités de la marchandise (4 bis). En outre, comme la plupart des législations étrangères admettent la validité de la clause compromissoire, continuer à l'interdire en France, c'était entraver le commerce extérieur, en rendant impossible la signature de certains contrats où la clause compromissoire était de règle.

5. — C'est d'ailleurs pour ces diverses raisons — et avant toute intervention législative — que la jurisprudence a dû atténuer la sévérité du principe qu'elle entendait cependant maintenir.

Trois séries d'atténuations peuvent être dégagées des arrêts.

Nous avons vu que la Cour de Cassation, confondant compromis et clause compromissoire, annulait cette dernière comme contrevenant aux prescriptions de l'art. 1006 C. Pr. Civ. qui demande l'indication de l'objet du litige et la désignation des arbitres. Or, de nombreuses clauses compromissoires ont été déclarées valables par les tribunaux lorsque les arbitres avaient été jugés suffisamment désignés et surtout lorsque le litige avait été indi-

(4 bis) Robert, *op. cit.*, p. 94 ss.

qué d'une façon générale, sans qu'il fût besoin de désigner d'avance les points litigieux (5).

La jurisprudence est même allée plus loin. D'une autre série d'arrêts, il résulte que cette nullité de la clause compromissoire, si énergiquement proclamée par ailleurs, n'est pas d'ordre public. Elle peut donc être ultérieurement couverte, par la désignation postérieure des arbitres ou par l'exécution volontaire de la clause (6).

Enfin, la tendance des tribunaux français était de reconnaître la validité de la clause compromissoire : a) dans les contrats conclus entre Français et étrangers passés à l'étranger ; b) dans les contrats entre Français et étrangers même passés en France, mais avec soumission du contrat à la loi étrangère ; c) dans les contrats passés entre Français, en France, mais avec référence à la loi étrangère, et enfin d) dans les contrats passés entre étrangers, mais avec arbitrage en France (7).

Malgré ces atténuations à la rigidité de principe, rien ne pouvait empêcher un revirement jurisprudentiel et un texte de loi précis devint nécessaire.

(5) P. ex. Cass., Req., 12 février 1906, D. 1907.1.245 (v. D. *Rép. Pratique, Arbitrage*).

(6) Cass. Req., 21 juin 1904, D. 1906.1.395 ; Cass. Req. 8 janvier 1924, S. 1924.1.315 ; et même après le vote de la nouvelle loi : Cass. Req. 4 juin 1934, G.P. 1934.2.202.

(7) Cass. Req., 17 juillet 1899, D. 1904.1.225 ; Cass. Req., 8 décembre 1914, *Clunet* 1916.1.219 ; Marseille, 20 décembre 1922, *Clunet*, 1923, p. 280.

6. — De nombreux projets sont à la base de la nouvelle loi.

Dès 1908, une proposition de M. Louis Dreyfus fut votée par la Chambre.

La proposition de M. Flandin au Sénat (8) (18 janvier 1921) fut favorablement examinée par la Société d'Etudes législatives (9). La proposition tendait à rendre la clause valable aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale. Dans ses conclusions la Société d'Etudes législatives ne retint que la matière commerciale, et c'est dans ce sens que le Gouvernement déposa un projet de loi le 7 juillet 1921 (10), d'après lequel la renonciation au droit d'appel ainsi que l'attribution aux arbitres du pouvoir d'amiabes compositeurs étaient interdits.

Passons sur une proposition Fould (11) du 13 février 1923 et notons la proposition Clémentel du 13 mars 1923 (12). Cette dernière tendait à valider la clause compromissaire dans les contrats passés entre commerçants français et étrangers, sans distinguer comme le faisait encore la jurisprudence entre la référence à la loi française ou étrangère :

(8) *J.O., Doc. Parl., Sénat, 1921, Annexe n° 4.*

(9) *Bulletin de la Soc. d'Etudes législatives, 1921, p. 315.*

(10) *J.O., Doc. Parl., Sénat, 1921, Annexe n° 566.*

(11) *J.O., Doc. Parl., Chambre, 1923, Annexe n° 5566.*

(12) *J.O., Doc. Parl., Chambre, 1923, Annexe n° 168.*

ceci à la suite des efforts faits par la Chambre de Commerce internationale pour organiser à Paris un organe de conciliation et une Cour d'Arbitrage (13).

Cette proposition aurait dormi comme les autres dans les cartons des assemblées, si un fait international n'était venu secouer cette léthargie qui menaçait de devenir éternelle. Ce fait, ce fut, quelques mois plus tard, la signature à Genève du protocole relatif à l'arbitrage et à la clause compromissoire. Pour pouvoir ratifier la Convention internationale qu'on venait de signer, la consécration législative de la validité de la clause compromissoire devint indispensable.

7. — C'est ainsi que fut reprise la proposition Dreyfus votée par la Chambre en 1908 et c'est celle-ci qui devint la loi du 31 décembre 1925.

Cette loi, comportant un article unique, ajoute un alinéa à l'art. 631 du Code de Commerce qui énumère les cas de compétence des tribunaux de commerce.

Voici la teneur de cet alinéa :

« Toutefois les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire. »

(13) Voir sur cette question l'article de M. A. de Lavergne : La Chambre de Commerce internationale et l'arbitrage, dans le Bulletin de la Société de Législation comparée, 1923, p. 195 ss.

La nouvelle loi est donc d'un laconisme extrême, mais d'un laconisme voulu, qui s'explique par la hâte qu'il y avait à faire voter rapidement une loi nécessaire et qu'on ne voulait pas, « dans le dédale d'opinions diverses, sinon contradictoires, émises dans nos groupements législatifs, industriels et commerciaux, aboutir à un échec total et éloigner, en des heures troubles, une réforme internationale, impérieusement réclamée par la protection des intérêts français sur les marchés internationaux. » (14)

Il n'en reste pas moins que la loi du 31 décembre 1925 allait soulever d'importances difficultés. C'est à leur étude que nous allons maintenant consacrer les pages qui vont suivre.

(14) Rapport de M. Catalogne, *J.O., Doc. Parl., Sénat*, 1925, Annexe n° 302. Des observations supplémentaires ont été fournies par M. Dreyfus dans le n° du 8 mars 1926 du *Journal Commercial et Maritime de Marseille* et dans l'article de M. Albert Wahl, dans la *Semaine Juridique*, nos 2 et 3, de 1927.

CHAPITRE PREMIER

LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1925 EST-ELLE RÉTROACTIVE ?

8. Position de la question ; analyse de la jurisprudence écartant la rétroactivité de la loi du 31 décembre 1925. — 9. Analyse de la doctrine qui se prononce dans le même sens. — 10. Quelques exemples de jurisprudence se prononçant en faveur de la rétroactivité de la loi de 1925. — 11. Deux importants arrêts des Cours de Poitiers et de Paris. — 12. Conclusion.

8. — Voici comment le problème se pose : Des clauses compromissaires ayant été insérées dans des contrats commerciaux antérieurs à la loi de 1925, peut-on encore les tenir pour valables aujourd'hui, si le litige prévu *est né sous l'empire de la loi nouvelle* ? (1)

A cet égard, la jurisprudence française a subi une évolution assez logique.

Tout d'abord, au lendemain du vote de la loi nouvelle, les tribunaux se sont prononcés, avec quelque hésitation il est vrai, pour la non rétroac-

(1) Encore faudrait-il noter combien il est difficile de préciser, s'agissant de recours à l'arbitrage, le moment de la naissance du litige. Il va de soi que cette difficulté n'existe plus en cas de recours aux Tribunaux.

tivité (2). C'est ainsi que dans une affaire de livraison de marchandises (3), le contrat ayant prévu un arbitrage éventuel amiable, l'une des parties s'adressa cependant à la juridiction consulaire. Le défendeur ayant soutenu que la loi du 31 décembre était une loi de procédure et par là-même rétroactive, le Tribunal de commerce de Nantes se prononça dans le sens contraire, en niant le caractère de loi de procédure de la loi du 31 décembre 1925 et en le motivant par le texte même de la loi :

« ... Attendu, dit le Tribunal de Nantes, que si cette loi (4) a eu pour conséquence de mettre à néant les dispositions de l'article 1006 du C. pr. civ. qui prohibe comme nulles les clauses compromissaires dans les transactions commerciales, il n'apparaît pas exact de dire qu'elle n'est qu'une loi de procédure ; qu'en effet en permettant aux parties, au moment où elles contractent, de substituer la juridiction arbitrale à la juridiction consulaire, elle leur accorde *un droit nouveau* et qu'elle vient ainsi modifier, en les restreignant, les dispositions de l'article 631 du C. Com. qui fixe la compétence des tribunaux de commerce ; qu'elle ne saurait donc avoir le pouvoir rétroactif des lois de procédure et qu'il apparaît bien que le législateur en a lui-même

(2) Il y a cependant à la même époque un arrêt en sens contraire : Rennes, 26 juillet 1926, G.P. 1927.1.59.

(3) Tribunal de Commerce de Nantes, 6 novembre 1926, G.P. 1927.1.314-16.

(4) Il s'agit de la loi du 31 décembre 1925.

jugé ainsi ; que le paragraphe visé de ladite loi est en effet ainsi conçu : « Toutefois les parties *pourront*, au moment où elles contractent... » ; que l'emploi du futur est bien significatif ; que la loi invoquée étant postérieure aux contrats dont s'agit, la clause d'arbitrage prévue à ces contrats ne pouvait y être valablement insérée. »

De même, dans une affaire postérieure, la Cour de Paris s'est prononcée dans le même sens :

« Considérant que rien dans les travaux préparatoires de la loi du 31 décembre 1925 ne permet de prétendre qu'il s'agisse d'une loi de procédure, qu'il est manifeste au contraire que par l'emploi « les parties *pourront* », le législateur a entendu créer un droit nouveau et disposer ainsi pour l'avenir ; *qu'à supposer même qu'il s'agisse d'une loi de procédure, il ne serait pas possible de décider qu'elle a, en l'espèce, un effet rétroactif* ; qu'en effet la présente contestation touche au fond du droit, puisqu'il s'agit d'examiner les effets d'un contrat, en décidant s'il doit être résilié et aux torts de qui ; que, pour ce faire, il sera nécessaire de se placer au jour où le contrat a été conclu et qu'il n'est pas possible d'appliquer une disposition légale nouvelle pour l'interprétation d'un contrat conclu antérieurement à la loi nouvelle. » (5)

(5) S. 1930-2-65, avec une note de M. Paul Roubier.

9. — Cette jurisprudence nie donc généralement à la loi du 31 décembre 1925 le caractère de loi de procédure. Elle va même plus loin : « à supposer même qu'il s'agisse d'une loi de procédure, il ne serait pas possible de décider qu'elle a en l'espèce un effet rétroactif. » La doctrine a justement développé ce dernier point. M. Roubier, dans la note citée et dans un ouvrage général (6), ainsi que M. Rothé (7) soutiennent qu'on a tort d'invoquer le prétendu principe d'après lequel les lois de compétence seraient rétroactives. Le fait que les lois de compétence s'appliquent immédiatement ne veut nullement dire qu'elles sont rétroactives ; ceci ne constitue que l'application du droit commun, selon lequel les lois nouvelles ont un effet immédiat sur les situations en cours. « La loi rétroactive s'applique à des faits accomplis : c'est-à-dire au passé. La loi de compétence, même appliquée aux litiges en cours, ne s'applique encore qu'au présent. (8) » Et M. Roubier de généraliser : « Il y a dans le rapprochement entre la loi de compétence et la loi rétroactive, une illusion qu'il est facile de dissiper ; la loi de compétence fait partie de ce groupe de lois qui a pour objet de régler l'activité du juge, et non celle des particuliers, et que nous avons appelées lois pseudo-rétroactives. En réalité ces lois s'appliquent

(6) *Les conflits de lois dans le temps*, § 1^{er}.

(7) Thèse citée.

(8) *Ibidem*, p. 29.

aux litiges en cours sans qu'il y ait là une rétroactivité véritable. » (9)

10. — Toutefois, les arrêts qui déclarent la loi de 1925 rétroactive sont beaucoup plus nombreux et il est à espérer que la jurisprudence s'établisse définitivement dans ce sens.

Laissons de côté un arrêt de la Cour d'Alger, en date du 6 juillet 1932, qui déclare que la loi du 31 décembre 1925 sur la validité de la clause compromissoire en matière commerciale peut être appliquée à un contrat antérieur à cette date, s'il comportait une telle clause. On cite généralement cet arrêt comme comportant un revirement de la jurisprudence qui n'admettait pas la rétroactivité ! Or, il ne nous semble point qu'il y ait contradiction entre cet arrêt et la jurisprudence antérieure. Car voici ce que dit cet arrêt :

« Attendu que, si la convention a été conclue le 29 septembre 1923, c'est-à-dire antérieurement à la loi du 31 décembre 1925 qui a complété l'art. 631 C. Com., il résulte des termes de cette convention, qu'à partir du 1^{er} octobre 1925 chaque année, à défaut de dénonciation, *le contrat s'est renouvelé* pour la durée d'un an par tacite reconduction ; qu'à la date du 1^{er} octobre 1926, *la loi du 31 décembre 1925 était applicable à la convention des parties*, et

(9) Roubier, *op. cit.* § 1^{er}, p. 434 ss.

que les parties se sont trouvées placées sous le régime de ladite loi pour chacun des renouvellements annuels du contrat » (10).

Donc, en l'espèce, on ne peut pas parler de rétroactivité de la loi de 1925. Postérieurement à cette loi, le contrat a été renouvelé par tacite reconduction ; il y a donc eu, selon la doctrine généralement admise (11), *nouveau contrat* et tout s'est passé comme si une nouvelle clause compromissoire était intervenue !

Déjà, dans un arrêt du 26 juillet 1926 (12), la Cour d'appel de Rennes avait indirectement admis la rétroactivité. En effet, il s'agissait là d'une clause compromissoire insérée dans un contrat antérieur et que la Cour n'a pas validée, pour la raison qu'un jugement avait déjà été rendu sur la question. Mais il en résulte *a contrario* que si un jugement n'était pas encore intervenu, la clause aurait été déclarée valable.

Dans le même sens se sont prononcés aussi le Tribunal civil de Montbrison, le 25 mars 1927 (13) et le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne, le 7 décembre 1927 (14) qui, tous les deux, considè-

(10) Cour d'appel d'Alger, 6 juillet 1932, G.P. 1932.2.719.

(11) V. *Baudry Lacantinerie et Wahl*, Louage, n^{os} 1400 (bail) et 2342 (louage de services).

(12) G.P. 1927.1.59.

(13) G. P. 1927.2.235.

(14) D. 1929.2.126, avec une note de M. Albert Chéron.

rent que la loi du 31 décembre 1925 « a un effet rétroactif comme toutes les lois de procédure ».

II. — Mais de tous les arrêts, deux notamment nous paraissent dignes d'intérêt :

Le premier est un arrêt de la Cour de Poitiers, en date du 28 juin 1932. Il s'agissait là d'une société en commandite simple qui, ayant poursuivi son gérant en remboursement du solde débiteur de son compte courant, s'est vue opposer par le défendeur une clause du pacte social qui prévoyait l'arbitrage, donc une clause compromissaire.

Or, la constitution de la société datant de 1921, la société demanderesse soutint que la clause était nulle ; la Cour se prononça cependant dans le sens opposé, en considérant, pour la première fois, la loi de 1925 comme une loi rétroactive ;

« Attendu qu'en admettant même que l'article 15 du pacte social ait été annulable à l'origine, il a été rétroactivement validé par la loi précitée, qui a permis aux parties, en matière commerciale, de se soumettre par avance aux décisions d'arbitres ; Attendu qu'on peut faire valoir d'abord en ce dernier sens que la clause compromissaire a pour but de soustraire les parties aux règles ordinaires de la compétence, il est unanimement admis que ces lois ont un effet rétroactif, surtout, ce qui est le cas dans l'espèce, lorsque le procès n'était pas encore né au jour de la promulgation de la loi ;

Attendu d'autre part que les changements introduits par une loi nouvelle, destinée dans un intérêt social, à porter remède aux imperfections de la loi ancienne et à les améliorer, doivent recevoir immédiatement leur complète application ; qu'il en résulte que la loi nouvelle régit en principe les situations établies et les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation ; qu'il n'est fait échec à ce principe, par la règle de la non-rétroactivité de l'article 2 du C. Civ. que lorsque l'application de la loi nouvelle porterait atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure ; qu'on ne saurait considérer comme un droit acquis la possibilité pour une partie de demander la nullité d'une convention qu'elle a librement consentie, alors d'ailleurs que cette nullité n'intéresse en rien l'ordre public et n'est expressément prononcée par aucun texte de loi ; que c'est la jurisprudence qui, contrairement à l'ancien droit et seulement à partir de 1843, a condamné la clause compromissoire par l'interprétation de l'article 1006 du C. proc., lequel ne vise cependant que le compromis proprement dit ; qu'on ne peut donc prétendre que les parties au contrat de 1921 ont agi en violation de la loi ; qu'elles ont pu raisonnablement escompter le revirement d'une jurisprudence inaugurée sous l'empire d'une constitution monarchique proclamant que toute justice émane du roi (article 48, Charte 1830), revirement qui s'est déjà produit pour les contrats mettant en jeu des intérêts de commerce

international, même conclus en France entre Français » (15).

Cette jurisprudence a été reprise postérieurement par un important arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 26 juin 1933 (16), dans lequel, après avoir constaté que la loi de 1925 était bien une loi de compétence (17) et de procédure (18), il est dit :

« Considérant que la loi susvisée *n'a aucunement modifié la capacité des parties*, qui demeure ce qu'elle a été auparavant ; qu'elle s'est bornée, en matière commerciale, à exclure, pour la validité de la clause compromissoire, les exigences de l'article 1006 du C. pr. Civ. relatives à la désignation des objets en litige et du nom des arbitres, remettant cette désignation à l'époque ultérieure où le différend se produira ; qu'ainsi la réforme apportée n'a

(15) S. 1932.2.19.

(16) G.P. 1933.2.665.

(17) « Qu'elle figure en cette qualité sous le titre « de la compétence des tribunaux de commerce » dont cet article (631 C.C.) traite d'ailleurs exclusivement ; que d'autre part elle a pour unique objet de rendre licite la convention par laquelle les parties, au moment où elles contractent, décident de soumettre à des arbitres toutes les contestations qui pourraient naître à l'occasion du contrat. »

(18) « Qu'elle peut également être qualifiée de loi de procédure en ce qu'elle autorise les parties à prévoir, par une clause spéciale, lors de la passation du contrat principal, la substitution au recours devant la juridiction naturelle, d'une procédure spéciale, celle de l'arbitrage, dont l'application des règles fondamentales, prévues au Code civil, se trouve reculée à l'époque où le différend se produit. »

pas étendu la capacité des contractants, mais a réduit seulement le nombre des conditions imposées par le droit civil pour la validité du contrat » ... que les premiers juges ont... déclaré ainsi implicitement leur incompétence »...

12. — Entre les deux thèses admises par la doctrine et par la jurisprudence, on peut tout d'abord hésiter :

En effet, malgré l'approbation partielle par la doctrine et la jurisprudence la plus récente, il y a des auteurs qui contestent fermement la rétroactivité de la loi de 1925. Ce n'est pas là, disent les mêmes auteurs, une loi de compétence ou de procédure, mais une loi touchant au fond du droit, car elle déclare valable une clause qui, jusqu'ici, était nulle. Le principe étant que la validité d'une convention doit s'apprécier d'après la loi en vigueur au moment où elle a été conclue, les clauses compromissaires contenues dans des contrats antérieurs à 1925 ne sont pas plus valables après cette date que ne le seraient, par exemple, des ventes déjà faites de la chose d'autrui, si une loi nouvelle venait abroger l'article 1599 du C. Civil.

Ceux qui ont admis la rétroactivité de la loi de 1925 n'ont pas réfléchi aux conséquences de leur opinion : le résultat direct ne pourrait être qu'une prime donnée à la transgression de la loi. En effet, en même temps que les conventions antérieurement

conclues, dans lesquelles la clause compromissaire se trouverait validée après coup, d'autres conventions étaient passées, dans lesquelles les parties, plus respectueuses du droit en vigueur, n'inséraient point cette clause, quel que fût cependant leur désir de voir la loi réformée sur ce point. Il en résulterait un encouragement direct, donné aux particuliers, à insérer dans leurs contrats, des stipulations illécites, pour le cas où une modification aux lois en vigueur leur rendrait la licéité : résultat parfois absurde (19).

A notre sens, la nouvelle tendance de la jurisprudence manifestée dans les derniers arrêts que nous avons cités se justifie mieux, aussi bien d'après le droit que d'après l'équité. Car, s'il est de principe qu'une loi nouvelle ne puisse frapper de nullité un contrat valable ni valider un contrat nul, il n'est pas moins vrai que, dans les cas qui nous préoccupent, la clause accusée a pour but de soustraire les parties aux règles ordinaires de la compétence. Et si la loi nouvelle a permis la clause compromissaire, interdite jusqu'alors, c'est parce que le législateur a voulu rendre plus fréquent le recours à l'arbitrage considérant, comme l'a dit M. Louis Dreyfus (20),

(19) Cézair-Bru : *Commentaire de la loi du 31 décembre 1925, Lois nouvelles*, 1926, 1^{re} partie, p. 182 ; Leray : *L'arbitrage et la loi nouvelle sur la clause compromissaire*, 1927, p. 28 ; Roubier : *Note précitée*.

(20) Exposé des motifs de la loi du 31 décembre 1925, D. 1926.4.25.

que la procédure « contribuera au développement commercial et industriel du pays par le fait même qu'elle facilitera les affaires en permettant de trancher rapidement et à peu de frais les difficultés ».

Soutenir alors que les parties ont un droit acquis à ne pas être jugées par des arbitres, serait au moins curieux, alors que les parties ont justement voulu, — et se le sont réciproquement promis, quoique dans une convention nulle à l'origine, — faire trancher leur litige par la voie de l'arbitrage. Il serait, nous semble-t-il, plus logique de dire que, si les parties pouvaient décliner la compétence des arbitres avant la loi du 31 décembre 1925, « ce n'était pour elles qu'une simple expectative et que n'ayant pas usé de cette faculté avant la promulgation de la loi nouvelle, elles ne peuvent plus aujourd'hui décliner une compétence admise par le législateur » (21).

(21) Note de M. Albert Chéron à Trib. Com. St-Etienne, 7 déc. 1927, D. 1929.2.126.

CHAPITRE II

FORMES ET PREUVE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

SECTION I

LA DOCTRINE

13. Double importance de la question. — 14. Application des règles du compromis ; Première sous-distinction. — 15. Deuxième sous-distinction. — 16. La preuve par tous les moyens. — 17. Système intermédiaire : les clauses attributives de compétence.

13. — La question de la preuve est importante à un double point de vue : elle sert tout d'abord à savoir quelle sera la forme obligatoire de la clause compromissoire et ensuite à déterminer la validité de la clause compromissoire elle-même.

Or, la loi du 31 décembre 1925 n'en dit pas mot. De là toutes les interprétations seraient permises et c'est ce qu'on n'a pas manqué de faire. Nous nous efforcerons de passer en revue les différents systèmes proposés en procédant ensuite à l'examen de la jurisprudence qui, très hésitante au début, semble s'acheminer dans le sens d'une plus grande facilité.

Le premier système proposé consiste à appliquer, comme on a essayé de le faire en d'autres matières, les règles de preuve bien précises du compromis à la clause compromissoire.

14. — Là, des sous-distinctions sont à faire. M. Morel, dans son analyse si fouillée de la question (1), estime que toute difficulté serait supprimée, si on consentait à appliquer à la clause compromissoire la solution admise par certains auteurs à l'égard de la transaction et du compromis, savoir que chaque fois qu'ils auront pour objet des contestations ayant un caractère commercial, ces actes pourront être prouvés conformément à l'art. 109 du C. Com., c'est-à-dire par tous moyens (2). Mais contre cette opinion, une autre théorie est intransigeante : C'est celle des auteurs qui estiment d'un côté que la transaction et le compromis ont toujours le caractère civil (3) et de l'autre celle des auteurs qui entendent appliquer à la clause compromissoire d'une façon stricte les règles des art. 1005 et suivants du C. Pr. Civ. relatifs au compromis. C'est ce qui nous amène à la seconde sous-distinction.

15. — D'après l'art. 1005 du C. Pr. Civ., le compromis pourra être fait soit par procès-verbal devant les arbitres choisis, soit par acte devant notaire ou par acte sous seing privé ; mais, de toutes façons, un écrit sera nécessaire.

Or, comme les arbitres ne doivent pas être nommément désignés dans la clause compromissoire, il

(1) Morel, *op. cit.*, p. 31-35.

(2) Baudry-Lancantinerie et Wahl : *Transaction* n° 1224.

(3) Guillouard : *Des transactions*, n° 1224.

ne resterait comme moyen de preuve que l'acte devant notaire ou sous seing privé.

Mais, là encore, les auteurs sont divisés. La clause compromissaire n'étant qu'une promesse de compromettre, on n'appliquera à celle-ci les règles du compromis que si l'on admet que la promesse de contrat est soumise aux mêmes conditions de forme que le contrat lui-même.

Il y a, en effet, pour l'acceptation de cette solution, des raisons plausibles, ne serait-ce tout d'abord que celle-ci : admettre une solution contraire, ce serait laisser la porte ouverte à la fraude, car comme on passe directement de la clause compromissaire à l'arbitrage sans plus passer par le compromis, ce serait là une bonne occasion de tourner la loi : pour échapper à la nécessité d'un écrit, on ne conclurait qu'une clause compromissaire. La deuxième raison serait tirée de la gravité de la clause compromissaire qui, pouvant être, en quelque sorte, un compromis universel (4), serait plus importante que le compromis lui-même.

16. — Une deuxième grande théorie estime qu'on ne peut pas assimiler la promesse de contrat au contrat lui-même, quant aux conditions de forme et de preuve. Et l'on cite à ce propos la jurisprudence en matière de promesse de société (5) ; le com-

(4) Rothé, *op. cit.*, p. 45.

(5) Thaller et Pic : *Des Sociétés*, I, n° 442.

promis, ajoute-t-on, n'est pas toujours commercial, tandis que la clause compromissaire l'est toujours. Il serait donc juste de lui appliquer les règles de preuve de l'article 109 du C. Com. qui admet la preuve par tous les moyens, même par témoins. Ce ne serait là que l'interprétation de l'intention du législateur, qui avait précisément voulu faciliter et répandre l'usage de l'arbitrage entre commerçants.

Notons que dans ce cas la preuve résultera de tous les écrits et documents qu'il est d'usage entre commerçants d'échanger lors de la conclusion d'un marché. En cas d'échange de lettres, la chose va de soi. Mais, le plus souvent, l'acheteur ne fait, par exemple, que signer un bon de commande, auquel sont jointes les conditions de vente, soit au verso, soit par feuille détachée. Le vendeur adresse ensuite à l'acheteur une lettre de confirmation portant en marge les conditions. Ce sera là, dans notre système, une preuve tacite.

Mais il y a plus : la clause compromissaire pourrait résulter du fait que les parties se réfèrent aux usages de telle place ou de tel commerce, si ceux-ci admettent la clause compromissaire. « On ne voit pas au nom de quel principe, elle pourrait être contestée », soutient M. Morel. On devra donner la même réponse au cas où, l'usage s'étant établi dans un commerce de recourir à la clause compromissaire, la question se poserait de savoir si les tribunaux pourraient suppléer au silence des parties et déclarer que la clause compromissaire était

sous-entendue. Ajoutons cependant que la preuve incomberait à celle des parties qui invoquerait l'usage en question.

17. — Voici les limites extrêmes vers lesquelles nous entraîne l'admission des modes de preuve de l'art. 109 du C. Com. C'est justement pour les éviter qu'a été proposé un troisième système qui essaie de concilier les deux précédents. Il s'agit, en somme, dans ce système, de rattacher la clause compromissoire à la clause attributive de compétence qui est très employée dans les marchés commerciaux et qui consiste, en attribuant compétence au tribunal d'une ville déterminée, à obliger une partie à faire un déplacement que normalement elle n'aurait pas dû faire (6).

Or, en cette dernière matière, la jurisprudence exige qu'on apporte sinon la preuve certaine, du moins les plus fortes présomptions que le co-contractant a eu connaissance de la clause. Dans un arrêt de la Cour de Paris, en date du 4 février 1921 (7), si les conditions de vente sont portées sur le verso du bon de commande dont l'acheteur n'aurait signé que le recto (alors que celui-ci ne faisait aucune allusion à l'existence de conditions au verso), la preuve n'aura pas été administrée. Mais, en tout

(6) V. p. ex., Cass. Civ. 11 juillet 1923, S. 1924.1.117 et 15 juillet 1926, S. 1926.1.262.

(7) G.P. 12 décembre 1921, cité par M. Rothé, *op. cit.*, p. 48.

cas, elle ne pourra pas être faite par témoins. Et c'est là le point essentiel de ce nouveau système. Sans aller jusqu'à exiger un écrit signé des deux parties, comme le veulent les partisans de l'application de l'art. 1005, on n'ira pas non plus jusqu'à permettre la preuve par témoins. C'est un système assez curieux que certains auteurs (8) ont cru voir confirmé par la jurisprudence. Ce qui ne nous paraît d'ailleurs point exact, comme nous le montrons en étudiant celle-ci.

SECTION II

LA JURISPRUDENCE

18. Sens général de l'évolution jurisprudentielle. — 19. Analyse des décisions appliquant à la clause compromissoire les règles du compromis (article 1005 du C. pr. civ.). — 20. Revirement de la jurisprudence ; étude critique des principales décisions.

18. — Quant à la jurisprudence, nous y constatons la même évolution que pour les autres difficultés soulevées par la loi de 1925. Pendant la première décade qui a suivi le vote de la loi, les tribunaux ont été assez embarrassés pour combler d'eux-mêmes les lacunes de la loi et, en désespoir de cause, se sont accrochés aux articles réglementant le domaine voisin, quoique ennemi, du compromis. Puis le redressement s'est opéré parallèlement à celui qui s'est fait jour concernant les autres lacunes

(8) Robert, *op. cit.*, p. 15 ; Rothé, *op. cit.*, p. 47 et suiv.

et difficultés et la jurisprudence a appliqué, en l'absence de textes précis, à la clause compromissoire le droit commun en matière commerciale. C'est donc à tracer l'évolution de cette jurisprudence que nous emploierons les pages qui vont suivre.

19. — Dans une première période qui va approximativement du vote de la loi du 31 décembre 1925 jusqu'à la fin 1932, les tribunaux ont appliqué, en matière de preuve, à la clause compromissoire, les règles du compromis. Notons que cela ne déroge pas à la jurisprudence générale qui, dans le subit désarroi résultant de l'absence de réglementation, appliquait à cette époque à la clause compromissoire les règles du compromis en matière de désignation des arbitres, par exemple.

Nous citerons comme type de cette jurisprudence, une affaire jugée par le Tribunal de Commerce de Marseille, en date du 17 mars 1927, et dans laquelle il s'agissait d'un acheteur qui n'avait élevé aucune protestation contre la clause attributive de compétence à la Chambre arbitrale, clause qui était imprimée sur la confirmation émanant du vendeur. Sur assignation devant le Tribunal de Commerce, le vendeur excipa la compétence de la Chambre arbitrale. Voici ce que dit le jugement, dont nous citerons de larges extraits, parce qu'il présente la doctrine assez complète de ce point de vue :

« Attendu que, si la loi du 31 décembre 1925

modifiant l'ancien article 631 du C. de Com. a autorisé les parties à compromettre à l'avance et avant qu'ils ne soient nés, sur les différends pouvant se produire entre elles, elle n'a point modifié les règles antérieures réglementant la forme en laquelle doivent se conclure les compromis ; que dès lors ceux-ci ne peuvent être considérés comme prouvés que pour autant qu'en dehors de l'aveu ou du serment il aura été satisfait aux conditions édictées par l'article 1005 du C. Pr. Civ., c'est-à-dire pour le moins à la rédaction d'un écrit portant la signature de chacune des parties ; — que la rédaction d'un tel écrit étant prescrite par un texte de loi, le principe de la liberté des preuves posé par l'article 109 du C. Com. pour la matière commerciale ne saurait faire échec à la nécessité d'une signature pour le cas de convention d'arbitrage plus qu'il ne le fait dans d'autres matières, notamment dans celle des sociétés ou la vente des chartes parties ou assurances maritimes ; que d'ailleurs la nécessité d'un tel écrit constatant l'accord réel des intéressés, se trouve justifié de la façon la plus pressante par des raisons impératives d'ordre public et d'équité ; qu'en effet si l'on admettait, même en matière commerciale, la démonstration par témoins ou simple présomption d'une convention d'arbitrage, il arriverait que ces conventions destinées à éviter des procès deviendraient par elles-mêmes, pour la seule preuve de leur existence, la source de contestations ; que d'autre part surtout, ce serait exposer les intérêts légitimes des

commerçants à de graves dangers que d'autoriser par la simple insertion de clauses imprimées pouvant échapper à leur vigilance, la suppression pour eux des garanties présentées par les juridictions de droit commun pour leur substituer des arbitres dont la compétence ou l'impartialité n'auraient pu à l'avance être soumises à leur appréciation ; attendu, en l'espèce, que l'acheteur n'ayant apposé sa signature sur aucun document, acceptant l'arbitrage de la Bourse de Commerce de Strasbourg, il échoit donc de décider que le compromis dont se prévaut le vendeur n'a pas été conclu entre les parties ; que ce dernier ayant été assigné devant le Tribunal de Marseille, c'est à bon droit que le litige a été porté, tant au point de vue de la matière que du lieu, devant ledit tribunal » (9).

Donc, dans ce système, les règles de l'article 1005 et suivants du C. de Pr. Civ. sont applicables à la clause compromissoire, dont on devra faire la preuve *par écrit*. D'autres jugements et arrêts se sont prononcés dans le même sens (10). Voici encore un arrêt très net : « Considérant que la clause compromissoire qui déroge au droit commun ne peut être valable que s'il ne subsiste aucun doute au

(9) G.P. T.Q. 1925-1930, V. Arbitrage n° 49 ; Rec. Marseille 1927.1.307.

(10) V. notamment : Trib. Com. Versailles, 9 mars 1927, G.P. 1927.2.282 ; Aix, 2 mars 1929, G.P. 1929.1.703 ; Trib. Com. Marseille, 21 janvier 1931, Rec. Marseille 1931.1.53 ; Douai, 18 mai 1931, Rec. Douai 1932.142 ; Bordeaux, 7 avril 1932, S. 1933.2.17 et S. 1933.2.81 (Notes de M. Brethe de la Gressaye et Jean Robert).

sujet de son existence, c'est-à-dire du concours des volontés des parties ; que les dispositions de l'article 1006 du C. Pr. Civ. en subordonnent la preuve à l'édification d'un procès-verbal, d'un acte notarié ou sous seing privé ; que le silence de l'une des parties ne saurait donc, en aucun cas, comporter acquiescement... » (11).

(Enfin, du moins en apparence, un autre arrêt (12) se prononce aussi définitivement dans ce sens. Il faut cependant noter que dans cette affaire, il y avait eu en réalité deux clauses contradictoires, l'une fixant la compétence et le lieu des travaux, l'autre stipulant l'arbitrage et qu'il n'était pas intervenu de protestation contre cette seconde. Les deux clauses s'annulaient donc en ce qui concerne la compétence et il était aussi logique que juridique dès lors d'avoir recours au droit commun. Il n'en reste pas moins que, sans qu'on le lui ait demandé, la Cour a, dans cet arrêt, réitéré son affirmation selon laquelle « la clause compromissaire, qui déroge au droit commun, ne peut être valable que s'il ne subsiste aucun doute au sujet de son existence (art. 1005 C. Pr. Civ.) » (13).

20. — Il faut remarquer que la Cour de Cassation n'a jamais approuvé cette jurisprudence. Au

(11) Rennes, 27 octobre 1933, G.P. 1933.2.1039.

(12) Trib. Com. Toulouse, 3 décembre 1934, G.P. 1935.1.174.

(13) *Ibidem*.

contraire, la première fois qu'elle a eu à se prononcer en cette matière, elle le fit pour prendre le contrepied de la doctrine jusqu'alors adoptée par les tribunaux et les cours d'appel.

Mais, même avant 1933, date de l'arrêt de cassation dont nous venons de parler, on trouve des jugements et arrêts permettant la preuve de la clause compromissaire par tous les moyens. Certains de ces arrêts parlent explicitement de l'article 109 du C. de Com. ; mais du fait que d'autres ne citent pas cet article, le sous-entendant seulement à notre avis, il ne s'ensuit pas, comme s'est permis de l'affirmer certain auteur (14), qu'il s'agisse là d'une assimilation de la clause compromissaire aux clauses attributives de compétence, donc du troisième système que nous avons déjà étudié plus haut : il s'agit à notre sens, et nous le prouverons en faisant d'amples citations de jurisprudence, de l'admission de la preuve par tous les moyens, en n'excluant pas la preuve par témoins comme le veut le système en question.

Déjà, le 5 mars 1929, la Cour de Paris (15) a reconnu que la clause compromissaire peut résulter d'un accord tacite des parties, et que cet accord existe lorsque la clause a été insérée dans la confirmation d'un marché et sur des factures reçues sans protestation.

Comme pour la thèse contraire, c'est à un juge-

(14) *Rothé, op. cit.*, p. 53 et suiv.

(15) *Journal des Tribunaux de Commerce*, 1930, p. 293.

ment de tribunal civil, cette fois-ci, que nous emprunterons, en les citant, les arguments de cette seconde opinion :

« Attendu, dit le jugement du Tribunal civil de la Seine, qu'il résulte de la loi de 1925 que, si un accord est nécessaire pour que la clause compromissoire soit valable, cet accord, comme dans toute matière où une convention n'est pas contraire à l'ordre public ou n'est pas soumise par la loi à des formalités particulières, peut être expresse ou tacite ; — qu'il serait, en effet, arbitraire d'ajouter au texte de la loi qui permet simplement aux parties de convenir sans disposer que cette convention doit être expresse et formelle ; que si cette exigence avait été voulue par le législateur, il n'eût pas manqué de le spécifier ; — Attendu en outre, *qu'il serait illogique* d'admettre qu'une clause compromissoire, insérée dans le corps même de la convention avec laquelle elle constitue un tout représentatif de la volonté des parties, *puisse être³ soumise à des modes de preuve différents de celui du contrat commercial lui-même* ; Attendu qu'enfin il est constant que l'intention du législateur de 1925 a été de mettre au service des commerçants une procédure simple, discrète, rapide et peu coûteuse, qu'il peut être du plus grand intérêt pour ces derniers, en outre de ces avantages, de soumettre leurs litiges à des arbitres... qu'imposer à un commerçant l'obligation de convenir l'arbitrage par des stipulations réciproques, expresse et formelles que la loi ne

prescrit pas, serait multiplier des échanges de correspondance d'autant plus inutiles qu'il est toujours loisible à l'une des parties de manifester au moment de la conclusion du marché, sa volonté de recourir à ses juges naturels ; — Attendu que, de tout ce qui précède, il résulte que X..., ayant reçu sans réserve et sans la moindre protestation de son vendeur la confirmation du marché contenant la clause compromissoire, doit être considéré comme ayant tacitement accepté la juridiction de la Chambre arbitrale de Paris... (16).

Par arrêt du 9 janvier 1933 (17), la Chambre civile de la Cour de Cassation s'est prononcée dans le même sens en décidant que « l'acceptation d'un marché commercial, résultant de son exécution sans que l'acheteur ait élevé de protestations contre la clause par laquelle le vendeur a stipulé dans ses lettres qu'en cas de différend, les parties devraient se soumettre à un arbitrage, emporte également acceptation de ladite clause et oblige en conséquence l'acheteur à s'y conformer (18).

Enfin, par un arrêt de la Chambre civile du 16 juin 1936, un autre arrêt de Cour d'appel, celui de la Cour de Rennes (19), a été cassé : « Attendu,

(16) Ce jugement a d'ailleurs été confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du 31 mars 1933.

(17) S. 1933.1.145.

(18) *Ibid.*, p. 146. Cet arrêt avait cassé un arrêt de la Cour d'Aix du 2 mars 1929 (G.P. 1929.2.704). Sur renvoi, la Cour de Montpellier (16 mai 1935, G.P. 1935.2.317), s'est prononcée conformément à l'arrêt de la Chambre Civile.

(19) V. *Supra*, p. 39-40.

dit l'arrêt (20), qu'en déclarant licite l'engagement que les parties à un contrat commercial prennent lors de la conclusion de ce contrat, de compromettre ultérieurement pour la solution de toutes les difficultés susceptibles de s'élever au sujet de son exécution, la loi du 31 décembre 1925 n'a subordonné la preuve et la validité dudit engagement à aucune condition exorbitante du droit commun... Attendu que les dispositions exceptionnelles des articles 1005 et 1006 du C. Pr. Civ. déterminent les conditions de validité et de preuve du seul compromis... qu'en soumettant aux règles y écrites la convention portant obligation de compromettre plus tard sur les litiges pouvant naître à l'occasion du contrat principal conclu, en même temps, l'arrêt attaqué a fausement appliqué et par conséquent violé ces textes de loi. » ... (21).

Il nous semble donc, que comme pour les autres cas, la jurisprudence, après un désarroi naturel au lendemain du vote de la loi nouvelle, a pris d'elle-même la bonne voie dans le sens de la facilité. Elle s'est bien rendu compte que, tout en s'agissant d'une loi dérogative au droit commun, cette loi s'applique cependant à des commerçants et que les usages du commerce étant tellement variés, il fallait admettre la preuve de la clause compromissoire par tous les moyens.

(20) G.P. 1936.2.524.

(21) V. aussi Trib. Civ. Seine, 12 novembre 1934, G.P. 1935.1.175 (sous-note b).

CHAPITRE III

LA DÉSIGNATION DES ARBITRES QUID DU CAS OU ON DÉSIGNE UN ORGANISME PERMANENT

21. Position du problème. — 22. La jurisprudence antérieure à 1925. — 23. La jurisprudence postérieure à 1925. — 24. Règlement des Chambres arbitrales (Affaire du Syndicat des Importateurs de Maïs de La Plata à Bordeaux et les arguments du Tribunal civil de Bordeaux. — 26. a) La nature amiable ou volontaire de l'arbitrage. — 27. Critique : nature juridique de la désignation des arbitres. — 28. b) La désignation par la Chambre arbitrale serait condamnée par le Code de proc. civ. Critique. — 29. c) La transgression des règles fondamentales de notre organisation judiciaire. Critique. — 30. Revirement de la Jurisprudence (Jugement du Trib. civ. de la Seine du 10 octobre 1935). — 31. Arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation (5 nov. 1936) et fondement en droit de cette jurisprudence. — 32. Essais de réforme législative (proposition Louis Dreyfus).

21. — Nous avons vu, dans notre partie historique, comment la Cour de Cassation, confondant clause compromissoire et compromis, avait appliqué à la première les règles du second. Nous aurons maintenant à étudier la persistance de cette erreur dans une partie de la jurisprudence même après le vote de la loi de 1925.

À l'encontre de ce qui se passe pour le compromis, on ne doit pas nécessairement désigner les

arbitres dans la clause compromissoire, mais rien d'autre part ne s'oppose à ce que les parties désignent d'avance ces arbitres dans la clause compromissoire.

Ceci peut se faire de plusieurs façons.

On pourrait tout d'abord — et cela non sans quelque inconvénient, quoique n'étant pas illicite — désigner immédiatement et nommément les arbitres. Mais le plus souvent on choisit un organisme permanent, chambre arbitrale ou bureau de syndicat, dont les membres sont sujets à renouvellement.

La difficulté qui se pose ici est de savoir si les parties, en désignant ainsi un organisme dont la composition peut varier, satisfont aux exigences de la loi du 31 décembre 1925 qui demande que les arbitres soient désignés nommément par les parties.

22. — Même avant 1925, la jurisprudence était hésitante. Jusqu'en 1843, date à laquelle elle inaugura la regrettable confusion entre compromis et clause compromissoire en interdisant cette dernière, les tribunaux admettaient qu'un organisme collectif même dépourvu de personnalité légale pût être désigné comme arbitre. C'est ainsi qu'a été validée la désignation d'une chambre d'avoués (1), du Conseil

(1) Cass., 17 mai 1836, S. 1837.1.154.

judiciaire de la Comédie-Française (2) et d'un syndicat (3).

Après 1843, en se réclamant de l'art. 1006 du Code de Proc. Civ., qui demande que les arbitres soient nommément désignés, la jurisprudence a constamment annulé la désignation comme tribunal arbitral d'un organisme à composition variable. On pourrait citer en ce sens de nombreux arrêts significatifs (4). Signalons cependant dans ce système une fissure assez intéressante ; il s'agit de la validation par la Chambre des Requêtes d'une convention qui donnait compétence arbitrale au « Syndicat des Fabricants de fils de lin de Lille et de Comines ». « Attendu, dit l'arrêt, que les arbitres, bien que n'étant pas désignés par leurs noms, le sont cependant de façon à ne laisser subsister aucun doute sur leur individualité parce que la Commission d'arbitrage et son mode de nomination sont déterminés contractuellement d'une manière précise » (5). Ne nous y trompons pas. La Cour de Cassation essaie de valider ici le compromis et non la clause compromissoire.

(2) Cour de Paris, 25 juin 1843, S. 1843.3.141 ; il est vrai que, dans cette affaire, l'arrêt constatait que le Conseil était composé de la même façon qu'au moment de l'engagement.

(3) Cour de Paris, 14 janvier 1843, D. 1844.3.30.

(4) Agen, 12 mars 1891, D. 1891.2.375 ; Oran, 4 juin 1894, D. 1895.2.77 ; Paris, 3 avril 1901, S. 1902.2.101.

(5) Cass. Req., 12 février 1906, D. 1907.1.2.

23. — Il eût semblé naturel qu'après le vote de la loi du 31 décembre 1925, la désignation d'un organisme permanent fût validée sans hésitation. Or, surtout au lendemain de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, les tribunaux paraissaient pris au dépourvu et le laissaient voir dans leurs décisions. C'est ainsi que, le 9 mai 1927, le Tribunal de Commerce de Dunkerque affirmait : « Attendu qu'en l'espèce les parties n'ont nullement convenu de soumettre à des arbitres désignés la contestation naissant du contrat, qu'elles ont déclaré que la Chambre syndicale réglerait à l'amiable ladite contestation. Mais attendu que la loi n'autorise pas la désignation des arbitres qui serait faite non pas par les parties mais par un organisme n'ayant pas d'existence légale ; qu'une décision rendue par la Chambre syndicale n'aurait pas la portée d'une sentence arbitrale signée par ces arbitres ; que la loi du 31 décembre 1925 n'est pas applicable en l'espèce et que le Tribunal de céans est compétent » (6).

Il y a deux points à relever dans ce jugement : 1° On y trouve l'argument qui ne peut plus être soutenu aujourd'hui, selon lequel les arbitres devraient être nommément désignés : or, depuis la loi de 1925, cette désignation est certainement facultative. En second lieu, le jugement affirme que le syndicat désigné n'avait pas d'existence légale. Ceci non plus n'est pas une exigence de la loi. Mais remarquons

(6) G.P., 1927, n° du 22 juillet.

qu'aujourd'hui toutes les chambres arbitrales sont constituées sous forme d'associations déclarées et sont donc revêtues de la personnalité civile. C'est d'ailleurs ce que les tribunaux ont été amenés à reconnaître (7) et qui est aujourd'hui définitivement établi : « Attendu... qu'il ne s'agit nullement en l'espèce d'un compromis tel qu'il est réglé par l'article précité [art. 1006 du Code de Pr. Civ.], mais d'une obligation de faire, acceptée à l'avance, obligation par laquelle les parties ont convenu de soumettre à une chambre arbitrale spécialement désignée (en l'occurrence la Chambre arbitrale de Paris) toutes les contestations pouvant survenir à l'occasion du contrat qui les liait ;

« Attendu qu'une telle clause établie conformément à l'art. 631 du Code de Commerce, est parfaitement licite et valable et oblige ce tribunal à renvoyer les parties devant la juridiction qu'elles ont elles-mêmes désignée... » (8).

24. — Mais tout ceci s'était encore compliqué par la pratique, comme nous allons maintenant le montrer.

A la suite du vote de la loi de 1925, la clause compromissoire s'est répandue dans beaucoup de

(7) Trib. Civ. de la Seine, 11 janvier 1932, Cote Bodenheimer n° 10, février 1932.

(8) Trib. Commerce Seine, 28 septembre 1937, G.P. 1937.2.854. V. aussi Cour de Rennes, 22 mars 1938, G.P. 1938.2.590.

contrats et, pour faciliter l'exécution de l'obligation assumée par les parties, on a constitué des chambres arbitrales dans les places de commerce les plus importantes ; les membres de ces chambres, à la création desquelles les syndicats des différentes professions avaient pris une part importante, offraient aux parties des arbitres recommandables et compétents. Mais la loi avait évité de régler leur fonctionnement et ce fut là le danger, les chambres syndicales se sont données elles-mêmes un règlement déterminant comment les arbitres seraient désignés et comment ils rempliraient leur mission. Elles se sont constituées en véritables juridictions et ont réglé la procédure à suivre devant elles sans se rendre compte que certaines dispositions pourraient aller à l'encontre du Code de Procédure Civile. De cette façon, des commerçants qui doutaient de l'impartialité des arbitres ainsi désignés ont été amenés à contester la validité du règlement des chambres arbitrales.

C'est ainsi que le Syndicat des Importateurs de maïs de La Plata à Bordeaux avait établi un contrat-type imprimé, qu'il imposait à ses acheteurs, contenant une clause compromissoire d'après laquelle toute contestation survenant à l'occasion du contrat serait soumise à la Chambre arbitrale des Grains et Farines de la Gironde, qui le résoudrait en dernier ressort conformément à ses règlements, que les parties déclaraient connaître et accepter. Or, le règlement de la Chambre arbitrale prévoyait dans son

article 8 que si, avisée d'une demande d'arbitrage de son co-contractant, une partie refuse de signer le compromis et de désigner son arbitre dans le délai de cinq jours, le président de la Chambre fait cette désignation d'office.

Dans l'affaire relatée (9), les importateurs voulant faire supporter à leurs acheteurs une augmentation de droit de douane, ces derniers refusèrent de prendre livraison et de nommer leurs arbitres. La Chambre arbitrale, sur demande des importateurs, désigna d'office les arbitres des acheteurs et la commission d'arbitrage ainsi constituée rendit ses sentences qui reçurent l'exequatur.

Par un jugement du 27 juillet 1931 (10), le Tribunal civil de Bordeaux, devant lequel ces affaires furent portées sur opposition, annula les sentences en s'attaquant à la clause compromissoire elle-même. Les acheteurs, dit le Tribunal, ont été forcés d'adhérer au contrat-type du Syndicat des Importateurs ; la clause compromissoire est nulle parce que le consentement avait été vicié, ayant été donné sous une contrainte morale.

25. — Cette argumentation a été écartée par la Cour de Bordeaux, devant laquelle l'appel fut interjeté. Car la thèse du Tribunal aurait conduit

(9) Cour de Bordeaux, 7 avril 1932 ; S. 1933.2.17 avec une note de M. Brethe de la Gressaye et S. 1933.2.81 avec une note de M. Jean Robert.

(10) Revue des Ventes et Transports, 1931, pag 110.

à la condamnation de tous les contrats d'adhésion, si nombreux en matière commerciale et dont le contrat signé par les acheteurs de Bordeaux ne constituait qu'un exemple. Au surplus, d'après la Cour, il ne pourrait pas y avoir trace de violence morale au sens de l'art. 1112, c'est-à-dire crainte d'un mal considérable et présent pour les biens. En d'autres termes, ce que la Cour retient *pour arriver au même résultat que le Tribunal*, ce n'est pas la nullité de la clause compromissoire, mais celle de la sentence arbitrale rendue à la suite d'une constitution irrégulière de la commission d'arbitrage. C'est donc au règlement de la chambre arbitrale qu'on en voulut cette fois et le débat prit une plus grande ampleur par le fait que les points incriminés de ce règlement étaient communs aux règlements de la plupart des chambres arbitrales et notamment de celles de Paris. Par les arrêts de Bordeaux (car il y eut 11 arrêts confirmatifs), c'est le fonctionnement pratique de l'arbitrage commercial qui entrait en jeu.

Trois arguments ont été mis en avant par la Cour : « Attendu que le Sénat ayant écarté l'art. 2 du projet de loi qui, modifiant le Code de Procédure Civile, prévoyait la désignation des arbitres par le Président du Tribunal de Commerce en cas de refus des parties, les articles 1003 à 1028 du Code de Procédure ont été intégralement maintenus ; qu'ainsi l'arbitrage a conservé son caractère essentiellement amiable ; que la procédure instaurée par

la deuxième partie de l'art. 17 du contrat, ainsi que le règlement auquel il se réfère, est licite en tant qu'engagement conventionnel tendant à faciliter l'exécution de la clause compromissoire et le fonctionnement de l'arbitrage ; mais que l'art. 8 de ce règlement qui donne au Président de la Chambre arbitrale le pouvoir de désigner d'office un arbitre à la partie qui s'y refuse, *est contraire au principe fondamental de l'arbitrage, au Code de Procédure Civile et aux règles de l'organisation judiciaire* ; qu'au surplus le mandat conféré au Président du Tribunal étant tacitement révoqué par la partie qui se refuse à exécuter la clause compromissoire, celui-ci devient sans qualité pour désigner l'arbitre, à moins de lui reconnaître une autorité obligatoire et permanente que le législateur n'a pas accordée au Président du Tribunal de Commerce et qui équivaldrait à l'institution de l'arbitrage forcé (11).

Arrêtons-nous là.

Trois points semblent devoir retenir notre attention dans la citation que nous venons de faire.

Tout d'abord la Cour de Bordeaux se prononce sur la nature de l'arbitrage, en faisant une distinction, contre laquelle il y aurait à redire, entre l'arbitrage amiable (ou volontaire) et l'arbitrage forcé. En second lieu la Cour déclare que l'art. 8 du règlement de la chambre arbitrale est contraire à la fois

(1) S. 1933.2.17.

au principe fondamental de l'arbitrage, au Code de Procédure Civile et aux règles de l'organisation judiciaire.

Notons que, par « principe fondamental de l'arbitrage », la Cour entend son caractère amiable. C'est donc par cette question que nous commencerons l'analyse de l'arrêt.

26. — a) D'après la Cour de Bordeaux (12), ce qui caractérise avant tout l'arbitrage c'est qu'il est essentiellement amiable, volontaire : les arbitres sont de simples particuliers auxquels la loi n'a donné aucune mission ; celle-ci leur est au contraire donnée par les parties, dont le consentement est par conséquent indispensable pour leur désignation.

Or, l'art. 8 du règlement de la Chambre arbitrale de Bordeaux, en donnant au Président le pouvoir de désigner l'arbitre de la partie défaillante, contrevient ainsi à la nature de l'arbitrage : en effet, dans ce cas, l'arbitre est (toujours d'après la Cour), nommé par quelqu'un qui n'a pas qualité pour ce faire. Et nous avons vu, dans ce que nous avons cité de l'arrêt de la Cour, que celle-ci refuse au Président de la Chambre arbitrale la qualité de mandataire des parties, car le mandataire est sensé agir au nom du mandant ; or, ici il est évident que le Président agit contre le gré du mandant. D'autre

(12) V. dans ce sens les commentaires contenus dans la note de M. de la Brethe déjà citée.

part affirme-t-on, par le seul fait que l'une des parties refuse de désigner son arbitre, elle a par cela même révoqué *ad nutum* le prétendu mandat qu'elle avait donné au Président auparavant.

Par ailleurs la Cour et les commentateurs favorables à cette solution font justice d'un autre argument qu'on n'a pas manqué d'invoquer : les parties, du moment qu'elles ont signé la clause compromissoire, ne peuvent plus refuser l'arbitrage et celui-ci doit avoir lieu, même si l'une des parties essaie de s'y soustraire. Or, quel est le meilleur moyen pour l'y contraindre ? Evidemment, la désignation de l'arbitre par le président de la chambre. « Sans doute, dit M. Brethe de la Gressaye (13), la partie s'est-elle obligée à recourir à des arbitres et non au Tribunal de Commerce et il convient que cette obligation valablement contractée soit ramenée à exécution. Mais si, en ce sens-là, l'arbitrage est obligatoire, il demeure volontaire, en ce sens que les arbitres ne peuvent être choisis que par les parties. On a confondu ces deux aspects de l'arbitrage. L'obligation contractée dans la clause compromissoire doit être exécutée, certes, mais elle ne peut l'être au moyen de la désignation de l'arbitre par une tierce personne. C'est une obligation de faire dont l'exécution forcée en nature est impossible et qui, par suite, se résout nécessairement en dommages-intérêts (art. 1142 à 1144 Code Civ.). »

(13) Note citée.

27. — Le raisonnement de la Cour nous paraît extrêmement critiquable, tout d'abord parce que la confusion dont on accuse les autres, se trouve dans son propre arrêt. Celui-ci prétend, en effet, que si le Sénat avait conservé l'art. 2 du projet (14) l'arbitrage aurait eu un caractère obligatoire, mais qu'en le rejetant, le caractère de l'arbitrage est actuellement d'être essentiellement amiable.

Pour voir ce qu'il en est de cette distinction, il faut tout d'abord préciser ce qu'on entend par arbitrage amiable et par arbitrage forcé.

L'arbitrage amiable est celui auquel, avec l'autorisation de la loi, les parties ont recours parce que la loi les y *oblige*. Comme exemple d'arbitrage forcé dans nos lois on pourrait citer beaucoup de décrets du droit intermédiaire et les articles 51 à 63 du Code de Commerce, abrogés par les lois des 17 et 23 juillet 1856, concernant les contestations entre associés et à raison d'une société de commerce.

L'arbitrage amiable ou volontaire peut se réaliser par le compromis et par la clause compromissoire, là où celle-ci est possible : « *La clause compromissoire, déclare l'arrêt de la Cour, acceptée ne permet plus aux parties de vouloir ou non l'arbitrage* ». Il y a donc dans la notion d'arbitrage une part amiable et une part obligatoire, distinction que cependant la Cour ne cherche pas à élucider. De cette

(14) Cet article prévoyait qu'en cas de défaillance de l'une des parties l'arbitre serait désigné par voie d'ordonnance rendue sur requête de l'adversaire.

confusion naît aussi, nous semble-t-il, son erreur.

Dans l'arbitrage du Code de Procédure, lorsqu'on dit que celui-ci est amiable, cela signifie que le litige une fois né, les parties conviennent de le soumettre à des arbitres ; qu'il y a entre les parties une entente dans le choix de la juridiction qui ne leur est pas imposée comme d'ordinaire au moyen d'une assignation.

Les textes du Code de Procédure en font foi : Comme il s'agit de compromis, il ne peut point s'agir de refus de désigner l'arbitre. Mais des cas voisins peuvent se présenter : par exemple une partie, après avoir désigné son arbitre, le révoque. L'article 1008 prévoit alors que les arbitres ne pourront être révoqués que du consentement unanime des parties. Ou bien au cas où l'une des parties, en refusant de produire certaines pièces, essaierait de paralyser l'arbitrage, l'art. 1016 oblige les arbitres à juger sur ce qui aura été produit. Toutes ces dispositions traduisent que l'arbitrage accepté est un arbitrage forcé et que, malgré l'obstruction d'une partie, il doit s'exécuter.

Dans l'arbitrage prévu par la loi du 31 décembre 1925, au contraire, l'entente sur le choix de la juridiction s'est manifestée avant la naissance du litige. Mais, issu de la volonté, le recours aux arbitres *constitue la loi des parties, pour le moment où ce litige existera*. « Par là, imposé par la loi des parties, il prend vis-à-vis de celles-ci, tous les caractères de l'arbitrage forcé qui trouve sa source

dans la loi » (15). La Cour de Bordeaux a donc tort de dire que l'arbitrage conserve son caractère amiable, il ne le garde que tant que les parties sont libres de le vouloir ou non.

De ceci découle la nature juridique de la désignation des arbitres. Certes, elle est volontaire, en ce sens que les parties peuvent la faire selon leur goût personnel, mais si elles défont, le caractère forcé de l'arbitrage reprend le dessus : la convention des parties ayant force de loi selon l'art. 1134, son exécution devient nécessaire. Mais alors, comment y procédera-t-on ?

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence estiment que l'obligation de désigner l'arbitre fait partie des obligations de faire dont l'exécution forcée en nature est impossible. D'autres se prononcent en sens contraire. Mais la solution de cette question dépend des caractères qu'on assignera à l'arbitrage. Si l'arbitrage est « essentiellement amiable », comme le prétend la Cour de Bordeaux, l'élément volontaire l'emportant, la désignation de l'arbitre sera une obligation tellement importante et personnelle, qu'elle ne pourra, en cas de défaillance, que se résoudre en dommages-intérêts ! Mais si telle était la solution admise, il faudrait reconnaître que la notion d'arbitrage obligatoire résultant de la clause compromissoire n'aurait plus aucun sens ! Si au contraire, et c'est là notre avis,

(15) Note précitée de M. Jean Robert, S. 1933.2.82.

l'on pense que l'arbitrage volontaire et amiable par nature devient forcé par la signature de la clause compromissoire, comme nous croyons l'avoir démontré plus haut, l'exécution forcée devient indispensable — et ce sera la désignation de l'arbitre, soit par une tierce personne, soit par le Tribunal.

C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est, dès le lendemain du vote de la nouvelle loi, prononcée la doctrine et une partie de la jurisprudence (16).

28. — b) Le second argument de la Cour de Bordeaux contre la désignation de l'arbitre par la Chambre arbitrale ou le Tribunal était que les textes du Code de Procédure condamnent, eux aussi, cette pratique. Voyons ce qu'il en est.

Les textes auxquels se réfère l'arrêt sont probablement les articles 1006 et 1028. Le premier exige, préalablement à l'arbitrage, la signature par les parties d'un compromis, acte dans lequel se trouve désigné l'objet du litige et les noms des arbitres, à peine de nullité. Ensuite, l'art. 1028 prévoit la nul-

(16) V. Morel, *op. cit.* p. 40. V. de même la consultation de M. Percerou donnée à la Chambre arbitrale de Paris dont des extraits ont été publiés par la Revue le *Port de Dunquerque* du 5 juil. 1927, p. 347. Ces auteurs se prononcent en faveur de la désignation de l'arbitre par un tiers ou par le Tribunal.

Dans le sens de la désignation d'office, on peut encore citer un jugement de Colmar du 28 juil. 1931, *Revue jur. d'Alsace-Lorraine* 1931, p. 659 ; dans le sens d'une condamnation à astreinte : Trib. Com. Havre, 24 juin 1934, *Rec. Havre* 1930.1.211.

lité de droit de la sentence arbitrale lorsqu'elle a été rendue sans compromis ou si elle n'a été rendue que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres. Or, dans l'espèce envisagée, dans la conception de la Cour il n'y a pas eu de compromis puisque l'une des parties avait refusé de désigner son arbitre et que le président de la Chambre, qui l'avait fait à sa place, n'était point un mandataire. En plus la sentence avait été rendue par des arbitres non autorisés à juger par la partie intéressée.

Il ne nous semble point que ce second argument, qui n'est pas sans poids, soit décisif. Nous ne retiendrons pas les « plaidoiries des avocats », qui ont soutenu que les règles de l'arbitrage n'étant pas d'ordre public on pourrait les écarter par convention ; ce sont des règles qui, tout en n'étant pas d'ordre public, s'imposent aux parties, le compromis, c'est-à-dire la désignation des arbitres étant de l'essence de l'arbitrage ! Mais il ne faut pas non plus oublier que l'art. 1005 du Code de Procédure prévoit la réalisation du compromis par procès-verbal devant les arbitres choisis. On y fera état de l'objet du litige et de l'existence de la clause compromissoire comme de la mise en demeure de l'une des parties de désigner son arbitre et de son refus à le faire, et de la désignation d'office qui s'en est suivie. De la sorte, il sera satisfait aux exigences de l'article 1006 et l'on ne pourra plus invoquer la nullité de la sentence arbitrale.

D'autre part, il n'est pas exact de dire que la désignation d'office de l'arbitre est contraire aux textes du Code de Procédure, car dans le seul cas où le Code pouvait se prononcer, il n'a pas manqué d'être favorable au point de vue que nous soutenons : nous voulons parler de la désignation du tiers arbitre. Lorsque les arbitres ne peuvent se mettre d'accord sur le nom d'un tiers arbitre, celui-ci est nommé, selon l'art. 1017, par le président du Tribunal civil. Qu'est-ce dire, sinon que, si une grande liberté est laissée aux parties tout d'abord, cela change après la signature de la clause compromissoire, qui rend la désignation par un tiers nécessaire précisément pour faire respecter le caractère obligatoire d'un arbitrage qui est devenu forcé parce qu'accepté.

29. — c) Enfin et c'est là le troisième grief de la Cour de Bordeaux contre le règlement des chambres arbitrales, la désignation d'office d'un arbitre va à l'encontre des règles fondamentales de notre organisation judiciaire. Mais l'arrêt ne nous fournit aucune autre explication là-dessus.

D'après M. Brethe de la Gressaye, cela consisterait dans le fait de l'érection en tribunal privé des chambres arbitrales ; car il n'y a en France que les tribunaux de commerce et les arbitres pour juger les procès commerciaux. Or, de par l'art. 8 de leur règlement, les chambres arbitrales se sont plus ou moins consciemment organisées comme des tribu-

naux. L'une des parties ne voulant pas nommer son arbitre met ainsi obstacle à la constitution de la commission d'arbitrage ; mais celle-ci sera quand même constituée et statuera tout comme le tribunal de commerce juge par défaut lorsqu'il est saisi par le demandeur, et que le défendeur ne se présente pas. Mais il y a plus : les articles 12 et 13 du règlement de la Chambre arbitrale prévoient que la commission d'arbitrage ne rend pas directement la sentence mais établit un projet qui est signifié aux parties et, sur réclamation de l'une d'elles, le litige est examiné par une commission du second degré dont *tous les membres sont désignés par le président de la Chambre arbitrale*, Pour M. Brethe qui voit, comme la Cour de Bordeaux, le caractère essentiel de l'arbitrage dans le fait qu'il doit être volontaire, nous sommes ainsi en pleine illégalité.

Nous avons cependant vu que, dans son arrêt, la Cour s'était rapportée à la loi du 31 décembre 1925. Un autre auteur s'est donc cru autorisé d'en donner une interprétation différente (17), selon laquelle l'arrêt de Bordeaux visait plutôt la transgression de la loi de séparation des pouvoirs, c'est-à-dire l'interdiction faite au pouvoir judiciaire d'empiéter sur le ou les droits du pouvoir législatif. Nous avons déjà dit que la loi de 1925 avait négligé d'organiser le mode de désignation d'un arbitre pour la partie qui s'y refuse ; permettre, par conséquent,

(17) Voir la note déjà citée de M. Jean Robert.

cette désignation, signifierait transgresser le principe de la séparation des pouvoirs. Il faut toutefois noter que le fait, par le législateur, d'avoir repoussé, pour des raisons de pure opportunité parlementaire, une proposition de loi portant sur un mode de procédure particulier, ne conduit pas nécessairement à interdire aux tribunaux la possibilité de consacrer la légitimité de l'emploi d'une pareille procédure, si elle peut trouver légalement sa source dans les principes généraux du droit. Ce serait, d'autre part, accorder à un incident des travaux préparatoires beaucoup trop d'importance (18). Quant à l'opposition de M. Brethe, elle est en étroit rapport avec le caractère qu'on assigne à l'arbitrage. Pour nous, qui nous sommes prononcés pour le caractère obligatoire, la question ne se pose plus.

Cependant, d'autres arrêts se sont prononcés dans le même sens que l'arrêt de Bordeaux. L'un d'eux commet la vieille erreur de confondre les règles du compromis prévues par le Code de Procédure Civile et celles qui devraient être appliquées à la clause compromissoire.

« Considérant qu'en admettant même que Girard ait accepté la juridiction de la Chambre syndicale de Paris, il importe de remarquer que la loi du 31 décembre 1925 n'a pas modifié l'art. 1006 du Code de Procédure Civile, qui édicte que la clause compromissoire doit, à peine de nullité, com-

(18) *Ibidem* et Morel, *op. cit.* n° 41.

prendre le nom des arbitres auxquels on proposera de régler le différend ; que ces prescriptions n'ayant pas été respectées il s'ensuit que la clause litigieuse est radicalement nulle... » (19).

30. — Une jurisprudence contraire ne tarda cependant pas à se faire jour, qui allait être définitivement établie par un arrêt significatif de la Chambre civile de la Cour de Cassation.

Déjà, le 20 novembre 1934, un arrêt de la Cour de Paris s'exprime ainsi :

« Considérant, de même qu'en acceptant, en l'espèce de soumettre à l'arbitrage d'un arbitre spécialement désigné la Chambre arbitrale de Paris, les contestations survenues à l'occasion du contrat sur la nature précise desquelles il pouvait être dès ce moment fixé, M. X... n'a pas seulement contracté une obligation de faire, signé éventuellement un compromis d'arbitrage, dont l'inexécution devrait se résoudre en dommages-intérêts ; qu'il s'est au contraire librement et formellement engagé à écar-

(19) Cour d'appel de Rennes, 27 octobre 1933, G.P. 1933. 2.1039 ; S. 1933.2.71. Dans le même sens (et sous réserve de ce que nous dirons à propos de la désignation de l'arbitre par le Tribunal lorsque l'une des parties s'y refuse), se prononcent, en outre des arrêts cités : Trib. Commerce Toulouse, 3 décembre 1934, G.P. 1935.1.174 ; Douai, 18 mai 1931, Rec. Douai 1932.142 ; Trib. Com. Marseille, 21 janv. 1931, Rec. Marseille, 1931.1.53 ; Aix, 12 mars 1929, G.P. 1929.1.704 ; Trib. Com. Marseille, 17 mars 1927, G.P. T.Q. 1925-1930. V. Arbitrage, n° 49, Rec. Marseille 1927.1.307.

ter l'application de l'art. 1006 du C. Proc. Civ. et à recourir à la procédure organisée par la loi du 31 décembre 1925 qui ne saurait par suite être soumise à d'autres formalités prévues par ladite loi... » (20).

De même un jugement du Tribunal civil de la Seine, en date du 9 mai 1935, décide qu'en acceptant par avance de soumettre au jugement d'un arbitre spécialement désigné (dans l'espèce la Chambre arbitrale de Paris) les contestations pouvant survenir à l'occasion d'un contrat et sur la nature desquelles il pouvait dès à ce moment être fixé d'une façon suffisante, un commerçant ne contracte pas seulement une obligation de faire dont l'inexécution serait simplement susceptible de donner lieu à une action en dommages-intérêts, mais il s'est librement et formellement engagé à recourir à la procédure organisée par la nouvelle disposition de l'art. 631 Code Com. écartant implicitement l'application de l'art. 1006 du Code de Proc. Civ. (21).

Une doctrine plus motivée nous paraît être celle d'un jugement du Tribunal civil de la Seine rendu sous la présidence de M. Frémicourt, le 10 octobre 1935 (22). Dans cette affaire, la clause compromissoire était ainsi conçue : « Il est bien spécifié, entre nous, que toute contestation survenue à l'occasion du présent contrat sera soumise à

(20) G.P. 1935.1.175, en sous-note.

(21) G.P. 1935.2.319.

(22) G.P. 1935.2.829-30.

l'arbitrage de la Chambre syndicale arbitrale de Paris qui la résoudra en dernier ressort et conformément à ses règlements que les parties déclarent connaître et accepter. »

Le Tribunal a validé la clause, par ces motifs :

« Attendu que si l'art. 5 du règlement susvisé prévoit que les litiges seront examinés par des « personnes dénommées arbitres de la Chambre arbitrale », ce n'en est pas moins d'après les art. 3, 3 bis, 4 et 33 du règlement, comme d'après la clause compromissaire elle-même, la Chambre arbitrale qui est appelée à exercer les fonctions d'arbitre unique... (retenons ceci qui nous semble très important et sur quoi nous reviendrons). Plus loin, le jugement cité répond indirectement aux accusations de l'arrêt de Bordeaux :

« Attendu que la non-adoption par le Sénat de l'art. 2 de la proposition qui est devenue la loi susdatée (23), article qui prévoyait la désignation des arbitres par le président du Tribunal de commerce, au cas de refus des parties, ne saurait faire obstacle à la validité d'une clause trouvant sa justification dans la liberté des conventions et dans l'absence de toute règle d'ordre public contraire ; que, si l'on considère comme de véritables arbitres les « personnes dénommées arbitres » que mentionne

(23) Loi du 31 décembre 1925.

l'art. 5 précité, la clause compromissoire litigieuse, qui se réfère au règlement de la chambre arbitrale et permet ainsi la désignation de ces personnes n'en serait pas moins licite et par suite n'en devrait pas moins être appliquée ainsi que le règlement auquel elle renvoie ; qu'ainsi qu'il a déjà été observé la *Chambre arbitrale a seule joué en la circonstance le rôle d'arbitre et qu'elle a été investie de sa mission par les parties elles-mêmes dans la clause compromissoire... »*

31. — Enfin sur pourvoi de la Compagnie Continentale du Sud-Ouest contre un des arrêts de la Cour d'appel de Bordeaux, que nous avons longuement analysé, la Chambre civile de la Cour de Cassation, sous la présidence de M. Paul Matter a, le 5 novembre 1936¹, mis fin, semble-t-il, à la controverse élevée en jurisprudence sur ce sujet. Notons simplement la netteté de cet arrêt : « Attendu qu'en déclarant licite l'engagement que les parties à un contrat commercial prennent lors de la conclusion de ce contrat, de compromettre ultérieurement pour la solution de toutes les difficultés susceptibles de s'élever au sujet de son exécution, la loi du 31 décembre 1925 reconnaît aux conditions de procédure et d'exécution mises par les parties à la convention d'arbitrage la même force obligatoire qu'à la clause compromissoire elle-même, quand elles ne sont contraires ni à un texte de loi, ni à un principe d'ordre public ; qu'il est satisfait à la dési-

gnation d'arbitre exigée par l'art. 1006 C. Proc. Civ. non seulement lorsque cette désignation est nominale mais encore *lorsqu'elle est remise à un tiers préconstitué*; — Que la désignation prévue au contrat, par le président, ou, à son défaut et suivant l'usage, par le vice-président d'une chambre arbitrale, de l'arbitre au refus de l'une des parties de le désigner elle-même, n'est contraire à aucune disposition légale et qu'en refusant toute portée à l'art. 8 du règlement de la Chambre arbitrale de l'Union Syndicale des Grains et Farines de la Gironde, l'arrêt attaqué a violé les textes ci-dessus visés » (24).

Mais pour fonder en droit cette jurisprudence nous recourrons plus volontiers à une phrase que nous avons notée dans le jugement du Tribunal de la Seine, déjà cité, et d'après laquelle la Chambre arbitrale joue le rôle d'arbitre unique.

Les chambres arbitrales étant des associations déclarées pourvues de la personnalité civile, rien dans le Code Proc. Civ. ne s'oppose à ce que, de par la volonté des parties, elles deviennent l'arbitre unique des litiges éventuels. Faisons un pas de plus et voyons comment on peut justifier la désignation des arbitres à l'intérieur de la chambre arbitrale. La chambre arbitrale, arbitre unique, confie à quelques-uns de ses membres pris sur une liste spéciale, le soin de juger le litige qui leur est soumis, et alors

les arbitres réunis en commission d'arbitrage rendent leur sentence au nom de la chambre arbitrale, de la même façon que les magistrats composant une chambre du tribunal rendent leur jugement au nom du tribunal tout entier. « Les parties qui ont remis leur litige à l'arbitrage de la Chambre arbitrale sont invitées à choisir chacune un arbitre sur la liste des arbitres de la Chambre arbitrale, cela constitue non une formalité substantielle de l'arbitrage, puisque l'arbitre unique déjà désigné est la Chambre arbitrale, *mais bien une faculté qui est offerte aux parties en vue de leur permettre d'exercer leur convenance personnelle*. Si une partie néglige ou refuse d'exercer ce choix, l'arbitre est choisi d'office par le président de la Chambre arbitrale, *mais ce faisant il ne désigne pas à proprement parler l'arbitre de la partie défaillante* puisque l'arbitre préexiste, qui est la Chambre arbitrale. » (25)

32. — Une proposition de loi du député Louis Dreyfus, dont nous aurons encore à parler dans le chapitre suivant, tendait à légitimer l'intervention du président de la Chambre arbitrale pour désigner l'arbitre que l'une des parties se refusait de nommer. Le texte de M. Dreyfus charge, en vérité, le président du Tribunal de commerce de procéder à cette nomination, mais ceci seulement à défaut de stipulations différentes formulées de façon expresse

(25) Voir la note de M. Jean Robert, S. 1933.2.84.

dans le contrat, c'est-à-dire « à défaut de référence à un règlement de chambre arbitrale » (26). Cette proposition qui a été votée par la Chambre aurait sérieusement consolidé en droit la position des chambres arbitrales si elle était devenue loi. Mais le Sénat n'a pas voté ce texte, non plus que celui de M. Besnard qui avait le même but et que nous analyserons plus loin.

(26) J.O., Doc. Parl., Chambre 1932, annexe n° 6530.

CHAPITRE IV

SANCTION DE L'OBLIGATION DE COMPROMETTRE. REFUS DE DÉSIGNER L'ARBITRE

33. — Position de la question : exécution forcée ou dommages intérêts. — 34. Inconvénients de la solution de dommages intérêts et moyens d'y échapper.

33. — Tout le monde est d'accord pour reconnaître à la clause compromissoire un caractère obligatoire, même si l'on se plaint à relever que ce n'est pas là l'essence de l'arbitrage, qui, toujours d'après les mêmes auteurs, devrait être recherché plutôt dans le fait qu'il est amiable et volontaire.

Nous avons déjà vu ceci dans le chapitre précédent, en parlant de la possibilité, pour une chambre arbitrale, d'appliquer son règlement, lorsque celui-ci avait été accepté par les parties, et, ainsi, de désigner l'arbitre pour la partie défaillante.

Mais que décider dans le silence du contrat ? En d'autres mots, quelle sera la sanction de l'obligation de compromettre, lorsque l'une des parties refusera de désigner l'arbitre ou, ce qui revient pour le juge au cas précédent, lorsque l'une des parties refusera de se soumettre à l'arbitrage sous prétexte

que le litige ne rentre pas dans les cas prévus par la clause compromissoire ? Remarquons tout de suite que, le caractère obligatoire une fois reconnu, l'unique solution qui s'impose est l'exécution forcée, car elle est seule à même de donner quelque valeur à l'obligation. A son tour, l'exécution forcée peut prendre deux aspects très différents, exécution directe ou dommages-intérêts.

34. — Notons tout de suite que si cette dernière solution était admise, la loi de 1925, qui a cru innover et l'a certainement fait, n'aura pas grande portée. Qu'est-ce, en effet, qu'admettre qu'en cas d'inexécution, la clause compromissoire ne pourrait aboutir qu'à des dommages-intérêts, sinon dire que l'effet voulu par la loi n'aura pas été atteint ? Jusqu'ici les tribunaux de commerce n'ont pas estimé très grand le préjudice qui consiste à être jugé par eux, à la suite du refus de l'une des parties de désigner son arbitre. De sorte que beaucoup de commerçants trouveraient peut-être assez avantageux de ne pas faire honneur à ce qu'ils ont signé, sachant qu'ils ne s'exposeront qu'à des dommages-intérêts assez modérés.

Sans doute, et c'est par là qu'on a essayé de répondre à cette objection, des sanctions professionnelles seront prises à l'égard du commerçant qui aura refusé de désigner son arbitre. Mais ces sanctions, comme la mise à l'index ou l'exclusion

de certains groupements, ont jusqu'ici été inefficaces.

La seule efficacité qu'on pourrait assurer à la clause compromissoire, si l'on exclut toutefois celle de l'exécution directe (et ce n'est pas là notre avis), ce serait la fixation préalable d'une clause pénale d'un chiffre élevé. De la sorte on pourrait peut-être parer à l'inconvénient qui résulterait de l'allocation de dommages-intérêts peu importants.

Les juges aussi, de leur côté, pourraient forcer la partie récalcitrante à s'exécuter moyennant condamnation à astreinte (1).

C'est pourquoi la question que nous allons maintenant traiter est parmi les plus difficiles qu'ait soulevées la loi du 31 décembre 1925. Les divergences sont encore aujourd'hui grandes en doctrine. C'est donc le point de vue doctrinal que nous nous proposons d'étudier avant de passer en revue la jurisprudence. Ce n'est qu'ensuite que nous porterons la discussion sur le plan de *lege ferenda*.

(1) Notons cependant, sans l'approuver, le curieux arrêt de la Cour de Paris, du 10 novembre 1927, d'après lequel l'astreinte serait incompatible, à raison de la coercition qu'elle implique, avec la liberté individuelle. Voilà en quels termes s'exprime l'arrêt : « Nul ne saurait être contraint de comparaître devant un Tribunal, même quand il a accepté sa juridiction ; en conséquence, c'est à tort qu'un Tribunal a fait droit à la demande d'astreinte d'une des parties contre celle qui refuse de désigner son arbitre, un tel refus n'empêchant pas la réunion du Tribunal arbitral, qui pourra valablement statuer sans la présence de la partie défaillante. »

SECTION I

LA DOCTRINE

35. — Théorie d'après laquelle l'exécution directe est impossible. Arguments. — 36. Réfutation. — 37. Analyse de l'article 1142 du C. civ. — 38. Arguments tirés du caractère volontaire de l'arbitrage.

35. — Voyons tout d'abord dans quelles conditions notre hypothèse se présentera. Voilà des parties qui ont signé une clause compromissoire et dont l'une, au moment où le litige prend naissance, assigne l'autre devant le Tribunal de Commerce. Alors celle-ci pourra opposer l'exception d'incompétence. Ce moyen lui donnera entière satisfaction au cas, — et c'est celui que nous envisageons — où elle n'aurait rien à demander en justice. S'il en est autrement, elle va demander en même temps à l'autre partie de désigner son arbitre. Mais en cas de refus, que se passera-t-il ? Devra-t-on se contenter de dommages-intérêts ou bien y aura-t-il un moyen pour contraindre la partie récalcitrante à désigner l'arbitre et, en cas de défaillance répétée, à le faire désigner par quelqu'un d'autre ? En d'autres termes, voici comment la question se pose : Y a-t-il, comme sanction de l'obligation de compromettre, possibilité pour une exécution directe et forcée ?

La doctrine est encore divisée sur ce point. Mais on a à choisir entre deux opinions nettement distinctes.

D'après un premier système, il ne peut pas y avoir d'exécution directe et forcée, c'est-à-dire que lorsque l'une des parties refuse de désigner son arbitre, il n'y aura qu'à allouer des dommages-intérêts à son adversaire.

Cette théorie s'appuie, en vérité, sur des arguments très sérieux :

1° L'argument principal, c'est l'article 1142 du C. Civ., d'après lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

2° Le deuxième argument est tiré du fait que la commission de législation civile du Sénat a disjoint, lors du vote, l'article 2 qu'elle avait proposé et qui prévoyait justement la possibilité pour le juge de nommer l'arbitre en cas de défaillance de l'une des parties. Il résulte de cela, dit-on, que le législateur a reconnu que cette nomination par le juge ne pourrait se faire en l'absence d'un texte législatif (2).

3° Un dernier argument est tiré *a contrario* de la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale et qui organise l'arbitrage du prix de bail. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 3 de cette loi dit : « Faute par l'une des parties d'avoir procédé

(2) Voir, dans la section III, l'analyse de l'art. 2.

à cette désignation dans les quinze jours qui suivront l'audience de conciliation ou l'expiration des délais d'opposition, il y sera pourvu d'office par le Président.

Ainsi, dit-on, si, pour autoriser la nomination par le Président, une loi a semblé nécessaire, il devra en être de même dans notre matière et la jurisprudence seule ne saurait y suppléer.

36. — Or, aucun de ces arguments n'est décisif. Si le texte de l'art. 2 du projet de la Commission du Sénat a été disjoint de l'ensemble de la loi, cela a été fait pour des raisons qui tiennent au désir de rapidement faire voter la loi et d'éviter les navettes parlementaires. En aucun cas on ne doit attribuer « à un incident des travaux préparatoires une portée qu'il n'a ni en fait ni en droit... En droit, il est évident que les travaux préparatoires d'une loi n'ont pour l'interprète que la valeur de simples renseignements... » (3).

Quant à l'argument tiré de la loi du 30 juin 1926 sur l'arbitrage du prix de bail, nous y aurons répondu implicitement, lorsque nous nous placerons sur le terrain des principes généraux du droit des obligations. Car « si le recours à la justice pour la nomination des arbitres est conforme aux principes généraux de l'exécution des obligations, rien ne s'oppose à ce que cette faculté soit reconnue à

(3) *Morel, op. cit.*, p. 46.

chacune des parties en cas de refus opposé par l'autre. *Au contraire une disposition expresse aurait été nécessaire pour l'en priver* » (4).

37. — Reste l'article 1142 du Code Civil. Là encore, l'objection n'est pas décisive, car il est depuis longtemps admis en doctrine, comme en jurisprudence, que cet article n'a pas une portée absolue. Au contraire, chaque fois que l'exécution en nature est possible par quelqu'un d'autre que le débiteur, le créancier pourra y procéder. L'article 1143, qui permet au créancier de détruire aux dépens du débiteur ce que celui-ci aurait fait en contravention au contrat et l'article 1144, qui autorise le créancier à faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur, ne font que commenter l'article 1142, qui ne sera applicable que lorsque l'exécution en nature sera impossible sans contrainte personnelle du débiteur (le cas du peintre). Donc, chaque fois que, sans porter atteinte à la liberté personnelle du débiteur, l'exécution en nature sera possible, elle sera préférable aux dommages-intérêts (5).

Or, en matière de clause compromissaire, lorsque le juge nomme l'arbitre à la place de l'une des

(4) (Morel, *op. cit.*, p. 46) ; C'est nous qui soulignons. *Ibidem*.

(5) Morel, *op. cit.*, p. 47 ; Cézair Bru : *Commentaire de la loi du 31 décembre 1925* (Lois nouvelles, 1926, n° 13) ; Leray : *L'arbitrage et la loi nouvelle sur la clause compromissaire*, 1927, p. 42.

parties, il ne contraint nullement le débiteur qu'on ne force pas quand même à exécuter l'obligation. Il avait signé la clause compromissoire et il ne l'exécute pas. Simplement on le fait à sa place.

38. — Mais n'est-ce pas là porter atteinte à un autre principe fondamental, au caractère volontaire de l'arbitrage, à l'idée que la désignation des arbitres se fait *intuitu personæ* ? Et l'on donne comme exemple la jurisprudence de la Cour de Cassation qui décide qu'un Tribunal ne peut se substituer à une personne qui avait promis d'entrer dans une société en nom collectif et lui imposer contre son gré la qualité d'associé (6), de même, un tribunal ne peut pas substituer des experts à ceux que les parties se sont réservé de choisir pour fixer le prix de vente d'un bien (7).

N'en serait-il pas de même en matière d'arbitrage ? Des auteurs le pensent, même parmi ceux qui ne s'arrêtent pas à l'objection tirée de l'article 1142 du C. Civ. (8).

Ce n'est pas là notre avis. Même en laissant de côté le fait que la jurisprudence citée est loin d'être inattaquable (9), il ne nous semble pas qu'on méconnaisse le caractère volontaire de l'arbitrage, en permettant au juge de nommer l'arbitre. Nous nous

(6) Req., 19 février 1907, S. 1912.1.217, note Perroud.

(7) P. ex. Dijon, 15 février 1893, S. 1894.2.144.

(8) Robert, *op. cit.*, p. 22-3.

(9) Morel, *op. cit.*, p. 48.

sommes déjà expliqués sur ce que nous considérons comme caractère volontaire de l'arbitrage (10). En donnant cette permission au juge, on ne fait que se conformer à la volonté des parties qui, au moment de la signature de la clause compromissoire, voulaient recourir à l'arbitrage. « Cette solution paraît plus conforme, non seulement aux exigences de la bonne foi, mais encore au rôle du juge, tel qu'on le conçoit dans la législation moderne. La fonction du juge ne se borne pas à dire le droit ; il doit prendre toutes les mesures utiles à l'effet d'assurer le triomphe du droit dont il reconnaît l'existence ; dans ce but il peut enjoindre, ordonner, au besoin, toutes les fois que cela est possible sans contrainte personnelle, substituer sa volonté à celle du débiteur défaillant. » (11).

Que vaudrait, au surplus, l'argument tiré de la désignation *intuitu personæ* ? Nous avons vu, dans le chapitre précédent, comment les parties peuvent se référer au règlement d'une chambre arbitrale. Là s'arrête la désignation volontaire. Et le raisonnement qui aurait eu quelque force avant la loi du 31 décembre 1925, n'en possède plus guère aujourd'hui en face de la nouvelle organisation de l'arbitrage qui a peut-être changé de nature, en prenant

(10) V. *Supra*, n° 27.

(11) Morel, *op. cit.*, p. 49 ; Demogue : *Notions fondamentales du droit privé*, p. 519 ss.

un caractère intermédiaire entre l'arbitrage purement volontaire du Code de Procédure et l'ancien arbitrage forcé (12).

SECTION II

LA JURISPRUDENCE

39. — Les deux tendances de la jurisprudence avant 1925. — 40. Les arrêts postérieurs à 1925. — 41. Revirement jurisprudentiel depuis 1934. — 42. L'arrêt de la Chambre Civile du 26 février 1939.

39. — Avant que l'arrêt déjà cité du 10 juillet 1843 eût proscrit la clause compromissoire en toutes matières, on peut relever deux décisions, d'après lesquelles la désignation juriciaire est possible : Paris, ordonnance de référé du 23 novembre 1807 (13), et Colmar, 24 août 1835 (14).

(12) *Morel, op. cit.*, p. 50.

(13) *Merlin, Questions de droit, V. Arbitrage*, par. 15.

(14) « Considérant... que les parties s'engagent formellement à ne pas recourir aux Tribunaux, déclarent que ces difficultés devraient être jugées en dernier ressort par deux arbitres de leur choix qui, en cas de partage, auront le droit de s'adjoindre un tiers ; que le véritable compromis n'existe donc que dans le jugement dont est appel, du 30 octobre 1834, rendu par le Tribunal de Commerce, devant lequel les frères Alexandre avaient fait assigner Moïse Lévy — annonçant qu'ils entendaient que les deux arbitres fussent nommés d'office par le Tribunal de Commerce ; que d'ailleurs le jugement arbitral du 16 décembre 1834 est intervenu bien avant l'expiration des trois mois à partir du jugement du Trib. de Com. du 30 octobre précédent qui nommait les arbitres conformément à la demande des frères Alexandre, met l'appel à néant. » S. 1836.2.246.

Après l'arrêt de 1843 (15), l'article 332 du C. Com. restant le seul qui admît la validité de la clause compromissoire, c'est à la matière des assurances maritimes qu'il vise que nous emprunterons nos références jurisprudentielles, pour observer la même continuité. Les arrêts ne sont pas très nombreux, ils sont cependant assez catégoriques, mais peu nuancés, ce qui peut d'ailleurs faire penser qu'ils sont passés à côté de la question sans en soupçonner la difficulté, témoin cet attendu de la Cour de Cassation du 27 novembre 1860 (16) : « Attendu que l'article 631 du même Code (de commerce) attribue à la juridiction consulaire la connaissance des contestations relatives aux actes de commerce ; que cette attribution de juridiction implique la compétence des tribunaux de commerce pour nommer les arbitres appelés à statuer sur les contestations nées d'un contrat d'assurance maritime... » (17).

Malgré la solution qu'il implique, cet arrêt semble méconnaître la difficulté qui existe à substituer le tribunal à la partie pour la désignation de l'arbitre.

Il eût été permis d'espérer que le législateur de 1925, qui a pourtant validé la clause compromissoire en matière commerciale, trancherait le litige.

(15) S. 1843.1.561.

(16) D. 1861.1.495 ; C'est aussi la solution donnée par la jurisprudence belge : Morel, *op. cit.*, p. 50.

(17) V. aussi, pour la même époque, Trib. du Havre, 18 juillet 1856, *Rec. Havre*, 1857.1.159 et Trib. Marseille, 5 novembre 1858, *Rec. Havre*, 1858.2.312.

En vérité, il l'a essayé, mais sans succès, car la proposition sénatoriale dans ce sens a été rejetée.

Or, qu'a fait la jurisprudence ? Son hésitation a été extrême — et ceci se comprend très bien. Au lendemain du vote de la loi du 31 décembre 1925, elle a cru trouver un indice important de son orientation future dans le rejet de la proposition sénatoriale qui préconisait la possibilité de la désignation de l'arbitre par le tribunal : ceci en 1925-1933 environ. Ensuite, par une analyse plus fouillée de la notion de l'arbitrage — et aidée en ceci par une partie de la doctrine — la jurisprudence dernière semble revenir à son raisonnement antérieur au vote de la loi nouvelle. Essayons de tracer cette évolution.

40. — Toute une série d'arrêts postérieurs à 1925 déclarent l'obligation de compromettre non susceptible d'exécution forcée et en donnent comme unique sanction celle des dommages-intérêts. Voici un « attendu » significatif :

« Attendu que les demandeurs réclament de plus des dommages-intérêts à Nizard frères pour s'être refusés à constituer l'arbitre prévu par le contrat litigieux, dont l'une des clauses est ainsi conçue : « Toutes contestations seront réglées par « amis communs à Marseille ou par la Chambre des « Expertises et Arbitrages de Marseille » ; qu'effectivement les dits Nizard frères n'ont pas voulu désigner leur arbitre malgré l'invitation qui leur en a

été faite par Lemann et Calo dans leur lettre du 23 juillet, et en dépit d'une mise en demeure par lettre recommandée du 2 août suivant ; 'qu'ils se sont ainsi soustraits de propos délibéré, sans motifs plausibles, à un engagement contracté en conformité de la loi du 31 décembre 1925 ; Attendu qu'un tel manquement à une obligation prise par Nizard frères à l'occasion d'un contrat commercial que Lemann et Calo auraient pu ne pas conclure si la clause compromissoire n'avait pas été acceptée par leurs co-contractants, mérite une sanction, que cette sanction ne peut consister en l'état de la loi sus-visée, que dans l'application de l'article 1142 du C. Civ., aux termes duquel toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; Attendu qu'en raison des circonstances de la cause et de l'importance du marché litigieux... il convient de fixer à 1.000 francs le montant des dommages-intérêts à accorder aux demandeurs » (18).

Un autre arrêt de la Cour de Paris, du 10 juillet 1928, dit : « Qu'il apparaît comme impossible d'ordonner l'exécution forcée d'une clause compromissoire que l'une des parties se refuse à exécuter, que l'obligation de désigner un arbitre ne pourrait se résoudre, au cas de refus de l'une des parties, que par une action en dommages-intérêts » (19).

(18) Trib. Com. Marseille, 2 février 1927, G.P. 1927.6.598.

(19) S. 1930.2.65.

De même, d'après le Tribunal de Marseille (20) (jugement du 17 octobre 1933, sur lequel le Tribunal est revenu), la clause compromissoire comporte une obligation de faire, dont l'inexécution, soit le refus par l'une des parties de désigner son arbitre, expose celle-ci à une condamnation à des dommages-intérêts (21).

Tous ces arrêts assimilent donc l'obligation de compromettre à une obligation de faire et c'est pourquoi ils y appliquent l'article 1142 du Code Civ. et en voient l'unique solution dans l'allocation de dommages-intérêts.

41. — Un revirement important s'est produit dans cette jurisprudence depuis fin 1933. Nous citons notamment un jugement du Tribunal Civil de Marseille du 5 décembre 1933, d'après lequel l'obligation de compromettre n'est pas une obligation de faire et peut donc être ramenée de force à exécution. Nous donnerons d'amples extraits de ce jugement qui nous semble particulièrement bien rédigé :

« Attendu qu'il y a lieu de remarquer tout d'abord qu'il résulte de travaux préparatoires (D. 1926 4.26) que cette décision a été prise par le Sénat (22) non parce que cette Assemblée ne voulait

(20) Sommaire G.P. 1936.1.13.

(21) *Ibidem*.

(22) Il s'agit de l'article 2 du projet qui n'a pas été voté et qui prévoyait la désignation judiciaire d'un arbitre par la partie qui se refusait à ce faire.

pas admettre cette mesure, mais uniquement pour aboutir à un vote plus rapide de la loi, en se bornant à adopter purement et simplement le texte déjà voté par la Chambre ; que le rapporteur de la Haute-Assemblée avait pris soin de préciser que l'article ainsi momentanément écarté, pour des raisons d'opportunité, serait repris ultérieurement ; qu'il n'y a donc pas lieu de tirer argument de cette situation de fait pour affirmer que le législateur a entendu, par le silence qu'il a gardé sur ce point, décider que la désignation d'un arbitre, en pareille occurrence, ne pourrait avoir lieu que par voie de justice ; que la question demeure donc de savoir si, en l'état d'absence de tout texte législatif sur ce point, pareille désignation serait ou non contraire tant aux principes généraux de notre droit, qu'aux dispositions spéciales réglementant le compromis ; qu'à ce point de vue il convient tout d'abord de signaler que, répondant à diverses questions qui lui étaient posées au sujet du champ d'application de cette loi et de ses conséquences juridiques, le Président de la Commission du Sénat a déclaré que le droit commun n'était pas modifié ; ...

« Attendu qu'on se trouve en présence d'une convention claire et précise qui répond aux exigences de l'article 1134 du C. Civ. et qui, en conséquence, doit être strictement respectée ; qu'il en découle que la clause compromissoire ayant été, ainsi qu'il n'est pas contesté, librement consentie par les parties, *prend en principe un caractère forcé*

dès que les conditions dans lesquelles elle doit jouer sont réalisées ; qu'aux termes mêmes du texte réglant les effets des obligations, cette clause compromissoire ainsi stipulée est valable et doit être exécutée comme telle ; ...

« Attendu de même qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'objection tirée de ce fait que la désignation des arbitres ne satisfait pas aux prescriptions dudit article 1006 ; qu'en effet, dans la clause compromissoire soumise au Tribunal, les parties ont par avance et librement réglé la forme de cette désignation en s'en rapportant expressément aux règles édictées à cet égard par le contrat du Syndicat des Négociants en Grains de Marseille et par voie de conséquence à l'arbitrage de la Chambre arbitrale des Syndicats et Groupements commerciaux et industriels de Marseille ; *qu'il est inexact de prétendre que le choix d'arbitre est un fait essentiellement personnel et qu'il doit être nommé par la partie intéressée ; qu'on doit tout d'abord remarquer que, non seulement le Code de Procédure Civile n'en prohibe pas la désignation par un tiers, mais qu'il la prescrit formellement dans un cas ; qu'en effet, l'article 1017 réglementant la désignation du tiers arbitre, dispose qu'il sera choisi par le Président du Tribunal civil s'il ne l'a pas été par les arbitres ; qu'il résulte de l'ensemble de ces considérations que le droit attribué à un tiers de procéder à la désignation d'un arbitre en cas de défaillance d'une partie consitue l'une des modalités de l'enga-*

gement d'arbitrage destiné à assurer l'exécution de celui-ci ; *que cette clause revêt donc le même caractère obligatoire que l'engagement lui-même dont elle fait partie intégrante et dont elle suit le sort en ce qui concerne la validité et la durée ;* » (23)

Les idées contenues dans ce jugement ont d'ailleurs été confirmées par un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix qui déclare que : « la clause compromissoire instituée par la loi du 31 décembre 1925 serait dénuée de toute portée, si les parties qui ont décidé d'y recourir étaient en droit de se dispenser de le faire ; qu'il est de jurisprudence que cette clause *qui n'a rien de commun avec l'obligation de faire prévue par l'article 1142 du C. Civ.*, est une clause attributive de compétence qui oblige ceux qui l'ont souscrite et rend les tribunaux ordinaires incompétents ; » (24)

Nous avons cité ces décisions de jurisprudence pour les idées neuves qu'elles expriment, bien timidement il est vrai. Il ne s'agissait évidemment que d'une référence à un règlement de chambre arbitrale, mais l'arrêt d'Aix semble généraliser et montre beaucoup d'audace en rompant en quelque sorte avec le passé et en prétendant catégoriquement que la clause compromissoire « n'a rien de commun avec l'obligation de faire prévue par l'ar-

(23) G.P. 1934.1.183.

(24) G.P. 1934.2.860 (sous-note) ; la même solution se trouve implicitement dans Paris, 20 novembre 1934, G.P. 1935.1.175 et Trib. Civ. Seine, 9 mai 1935, G.P. 1935.2.319.

ticle 1142 du C. Civ. » Nous pourrions citer depuis un arrêt plus récent, dans lequel la Cour de Bordeaux (25), en confirmant un jugement du Tribunal de Commerce de Bordeaux, a décidé que la clause compromissoire devient caduque lorsque, un différend étant né et l'une des parties ayant signifié un projet de compromis et fait connaître le nom de son arbitre à son adversaire, celui-ci y met obstacle en ne faisant pas connaître le sien et en ne répondant pas à la sommation qui lui est faite dans le délai imparti, rendant ainsi impossible le fonctionnement du contrat. Et, en conséquence, d'après la Cour de Bordeaux, la juridiction commerciale peut être complètement saisie du différend. Notons cependant que, dans cette affaire, l'une des parties, après des démarches infructueuses, avait directement saisi le Tribunal de Commerce à qui on ne demandait que de juger et non de désigner l'arbitre à la place de la partie défaillante. On ne pourrait donc pas, à notre sens, tirer argument de cet arrêt pour ou contre la possibilité de la désignation judiciaire de l'arbitre.

42. — Tout à l'opposé de cet arrêt, et venant trancher d'une façon catégorique le problème qui nous préoccupe, un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, en date du 26 février 1939, apporte une solution plus logique.

(25) 2 décembre 1937, G.P. 1938.1.151 et 2.

Voici, en effet, ce que dit cet arrêt :

« Attendu que les conventions librement consenties font la loi des parties ; qu'en prenant dans le contrat commercial susvisé l'engagement déclaré licite par la loi du 31 décembre 1925, de déférer à l'arbitrage d'amis communs les difficultés susceptibles de s'élever au sujet de son exécution, Benguigui, Darmouni et Saint-Julien se sont obligés par cette clause attributive de compétence, à enlever aux tribunaux de droit commun la connaissance du litige qui les divise, pour le confier à un tribunal arbitral ; que si le désaccord survenu entre eux relativement à la nomination des arbitres pouvait autoriser Benguigui à demander, en particulier, à la juridiction de droit commun, soit d'enjoindre à ses adversaires, sous peine d'astreinte ou de dommages-intérêts, de choisir un arbitre dans un délai imparti, soit même de procéder à une désignation d'office et de prendre toutes mesures utiles pour constituer le tribunal arbitral, *par contre, il ne lui appartenait pas, en saisissant le Tribunal de Commerce de Dunkerque du fond du débat, de retirer unilatéralement et de son seul gré toute portée certaine à la clause compromissoire et à la rendre illusoire* ; d'où il suit qu'en faisant droit à l'exception d'incompétence soulevée par Darmouni et Saint-Julien, l'arrêt attaqué, qui constate que si la clause compromissoire n'a pas reçu exécution, la responsabilité en incombe exclusivement à Benguigui qui,

au mépris de la stipulation, s'est obstiné à vouloir entraîner Darmouni, d'abord devant la Chambre syndicale, puis devant le Tribunal de Commerce de Dunkerque, loin d'avoir violé les dispositions visées au moyen en en a fait, au contraire, une exacte appréciation » (26).

Ce qu'il y a de remarquable dans cet arrêt, en dehors de la nouvelle solution qu'il consacre, c'est qu'il considère la clause compromissoire comme « attributive de compétence » : le bénéficiaire d'une clause compromissoire ne pourra plus, à titre de sanction, saisir la juridiction de droit commun, c'est-à-dire le tribunal de commerce, du fond. Il ne pourra pas « retirer unilatéralement et de son seul gré toute portée certaine à la clause compromissoire et à la rendre illusoire ». En revanche, quelles sont les voies qui lui restent ouvertes ?

Il pourra, tout d'abord, enjoindre à ses adversaires, *sous peine d'astreinte et de dommages-intérêts*, de choisir un arbitre dans un délai imparti. Mais *il pourra aussi procéder à une désignation d'office de l'arbitre* et de prendre toutes mesures utiles pour constituer le tribunal arbitral.

Mais comme la condamnation à des dommages-intérêts est très difficile à arbitrer en pareil cas (nous l'avons déjà fait remarquer), et qu'elle peut

(26) Cass. Civ. 26 février 1939, Semaine juridique n° 21, fiche blanche 1121.

aussi se heurter à l'insolvabilité du débiteur, la désignation d'office sera la voie utilisée le plus souvent.

Notons, pour finir, que la solution de la Cour de Cassation semble avoir pour effet de soustraire la clause compromissoire à l'application de l'article 1184 du C. Civil, qui prévoit la clause résolutoire dans les contrats. Car, d'après ce texte, le créancier qui est victime de la non-exécution de la part du débiteur, a la *faculté* de ne pas poursuivre l'exécution forcée de l'obligation.

SECTION III

LES RÉFORMES

43. L'article 2 de la Commission de Législation du Sénat : la voie de l'ordonnance sur requête ; critique. — 44. Le procédé du référé commercial : propositions Besnard et Dreyfus. — 45. Avantages de cette mesure.

43. — Quelle est, dans ce domaine, l'activité du législateur ? (27)

A vrai dire, le législateur a déjà essayé de changer quelque chose. Lors de la discussion par le Sénat

(27) Signalons que le Code de Procédure Italien (article 12) et le Code de Procédure Allemand (article 1029) autorisent le juge à nommer l'arbitre à la place de la partie qui s'y refuse.

en 1925 du projet de loi relatif à l'arbitrage, voté par la Chambre en 1908, la Commission de législation civile et commerciale a proposé un additif au texte ancien, dans lequel une ordonnance du Président du Tribunal de Commerce suppléait au refus de l'une des parties de nommer son arbitre. Voici la teneur du texte du Sénat : « Quand surgissent les difficultés, si un accord n'intervient pas pour faire la désignation des arbitres, la partie la plus diligente somme les autres parties, par lettre recommandée, d'avoir à désigner leurs arbitres dans le délai de huit jours francs. Cette lettre contiendra le nom de l'arbitre choisi par le demandeur ; faute par le défendeur d'avoir, dans le délai imparti, fait connaître le nom des arbitres par lui choisis, le Président du Tribunal de Commerce compétent en vertu de l'article 1120 du C. de Pr. Civ. procèdera, sur requête du demandeur, à leur désignation. L'ordonnance ne sera susceptible d'aucun recours. Copie de ces requête et ordonnance sera, dans le délai de huit jours francs, signifiée aux défendeurs, ainsi qu'aux arbitres, avec injonction de procéder à l'arbitrage. Les article 1003 et 1028 du C. Pr. Civ. sont applicables en tant qu'ils ne sont pas contraires aux précédentes dispositions » (28).

C'est là le fameux article 2 du projet que la jurisprudence a souvent cité pour tirer des arguments

(28) Deuxième rapport de M. Catalogne, J.O. Doc. Parl., Sénat 1925, annexe n° 441, p. 1088.

en faveur de ses théories, comme nous l'avons vu. Mais cet article 2 offrait une solution qui n'était pas à l'abri de toute critique. Car, si l'on laisse de côté la forme qui est loin de la concision d'un texte législatif et qui ressemble presque à un « attendu » de jurisprudence, il n'en reste pas moins que le mode de désignation de l'arbitre, l'ordonnance sur requête, ne présente pas que des avantages. Ce qui a incité les membres de la Commission de législation du Sénat à préférer l'ordonnance sur requête, c'était sans doute sa rapidité. Mais si on analyse de plus près cette procédure, on voit qu'il s'agit là d'un mode de juridiction gracieuse avec toutes ses conséquences : on suppose que le litige ne sera tranché que plus tard au principal ; on n'entend que le requérant, sans que la partie contre laquelle l'ordonnance sera rendue ait à comparaître. En outre, comme nous l'avons vu, le projet supprime dans ce cas la possibilité d'appel. On pourra donc obtenir une sentence arbitrale contre la partie qui se refuse à nommer l'arbitre, sans qu'elle ait été à même de donner les raisons de son refus. Or, ses raisons peuvent être importantes : ce peut être, entr'autre, l'irrégularité de la clause compromissoire elle-même, de sorte qu'en voulant limiter le recours aux tribunaux, on aura abouti au résultat inverse, car, le lendemain de la sentence, l'adversaire pourra intenter une action en nullité.

En raison des critiques et des discussions qu'elle allait soulever et pour éviter un retour à la

Chambre, cette disposition fut disjointe du projet. Ce fut donc une mesure de pure opportunité parlementaire et non pas une preuve de l'opposition du législateur à une nomination de l'arbitre par le Tribunal. Il était utile de le rappeler, car le contraire a été soutenu.

44. — C'est à raison de ces multiples inconvénients qu'on s'est ultérieurement tourné vers un autre mode qui, tout en présentant presque les mêmes avantages, n'en comporte plus les mêmes inconvénients : la voie du *référé commercial*. C'est ce qu'avait déjà, au lendemain du vote de la loi du 31 décembre 1925, préconisé une commission réunie au Ministère de la Justice et dont faisaient partie le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats et le Président du Tribunal de Commerce de la Seine. C'est aussi ce qu'avait proposé M. Jean Robert en 1929 sous la forme suivante : « Il sera, sauf convention contraire, suppléé par voie d'ordonnance de référé, sans appel, du Président du Tribunal de Commerce du lieu du contrat, à la défaillance d'une des parties dans l'exécution de cette convention » (29)

La même idée se trouve à la base de la proposition déposée en 1931 au Sénat par M. René Besnard : « Il sera, sauf mode de règlement contraire prévu par les parties, suppléé par voie d'ordonnance de référé, sans appel, du Président du Tribunal de

(29) *Op. cit.*, p. 156.

Commerce compétent pour connaître du fond du litige, à la défaillance d'une des parties dans l'exécution de cette convention (30).

Le député Louis Dreyfus, à qui l'on doit par ailleurs la proposition qui est devenue la loi du 31 décembre 1925 a, lui aussi, déposé, le 3 mars 1932, une proposition de loi tendant à compléter l'article 631 du C. Com. par la disposition suivante :

« Dans ce cas (celui d'une clause compromissoire), à moins de stipulations différentes formulées de façon expresse, il sera suppléé, cinq jours au moins après mise en demeure faite par lettre recommandée, à la défaillance de la partie qui n'exercerait pas son droit de désignation d'arbitre, par ordonnance de référé, sans appel, du Président du Tribunal de Commerce du lieu où les arbitres devaient rendre leur sentence » (31).

Cette proposition, qui d'ailleurs n'est pas devenue loi, a soulevé des critiques en partie justifiées. Il est vrai que, dans son esprit, cette proposition se présente comme un moyen de contraindre la partie de mauvaise foi à se soumettre à l'arbitrage ; elle tend donc à l'exécution effective de la clause compromissoire. Un vœu adopté à l'unanimité par la Conférence générale des présidents et membres des tribunaux de commerce de France,

(30) J.O., Doc. Parl., Sénat, 1931, annexe n° 778.

(31) J.O., Doc. Parl., Chambre des Députés, oct. 1932, p. 397 (annexe n° 6530).

dans son assemblée générale du 4 juin 1930 (32), abondait dans ce sens. Il en est de même d'un autre vœu de l'Assemblée des présidents des chambres arbitrales, tenue à Paris le 5 novembre 1931. Mais, ce qui a empêché que le texte ne fût voté par le Parlement (il ne fut adopté que par la Chambre) (33), c'est le doute qu'avaient certains auteurs quant à son efficacité. Le texte, en effet, comme les deux précédemment cités, ne charge le Président du Tribunal de Commerce de nommer l'arbitre, qu'à défaut de stipulations contraires dans le contrat. En fait, cela désignait la référence au règlement d'une chambre arbitrale. Or, en 1932, la jurisprudence, dans un arrêt assez cité (34) avait invalidé la procédure arbitrale prévue par les règlements des chambres arbitrales.

45. — Aujourd'hui, que la jurisprudence est revenue sur sa doctrine antérieure, l'adoption de ce texte ne se heurterait plus aux mêmes objections et nous le présentons *de lege ferenda*, car il ne présente par ailleurs que des avantages.

En effet, la voie du référé commercial est presque aussi rapide que celle de l'ordonnance sur requête, mais, sur cette dernière, le référé a la supé-

(32) V. de compte rendu dans la *Gazette Judiciaire et Commerciale de Lyon*.

(33) Séance du 31 mars 1932, J.O., Déb. Parl., Chambre, 1^{er} avril 1932, p. 1966.

(34) V. *Supra*, n° ...

riorité de constituer un acte de juridiction contentieuse. Le Président du Tribunal pourra entendre les deux parties contradictoirement et ne se prononcer qu'en connaissance de cause. Et alors c'est moins injuste, comme le font tous les projets cités, de supprimer la possibilité d'appel. Si la partie récalcitrante ne comparaît pas, c'est qu'elle n'a aucun argument solide à présenter et, en tous cas, elle fait preuve de négligence.

Le texte le plus net nous paraît celui de M. Dreyfus. Car, tout en laissant au Président du Tribunal le soin de nommer l'arbitre, il ne ferme pas la porte aux conventions contraires, notamment à celle qui consisterait à se référer à un règlement de chambre arbitrale. Ainsi on aurait du même coup légalisé une longue pratique (que la jurisprudence a d'ailleurs fini par approuver) et pourvu au cas d'absence de prévoyance des parties. On aura enfin ainsi concilié les intérêts de ceux qui sont pressés d'aboutir, tout en sauvegardant le minimum des droits de leurs adversaires.

CONCLUSION

Nous avons, dans les pages qui précèdent, étudié les principales difficultés pratiques soulevées par l'application de la loi du 31 décembre 1925.

A ce qui vient d'être dit, y a-t-il une conclusion ? S'il en est, elle devrait, à notre sens, intervenir comme réponse à la question suivante : Le législateur doit-il intervenir pour mettre fin aux discussions ou aux controverses jurisprudentielles ?

Un point nous paraît certain. On ne peut pas proprement parler à l'heure actuelle d'une persistance des divergences en jurisprudence. Nous avons maintes fois, au cours de ce travail, accentué (et justifié comme tout à fait normal) le désarroi qui s'est emparé des tribunaux surpris par le vote d'une loi laconique et la nécessité dans laquelle ils se sont trouvés de s'accrocher aux textes voisins ou similaires. Ensuite, la doctrine aidant, le revirement souhaitable s'est produit avec régularité et presque avec synchronisme dans les matières que nous avons étudiées. On peut donc dire que la jurisprudence est établie et il y a peu de chances qu'elle change.

C'est dire qu'en général une réforme législative ne nous paraît pas s'imposer, surtout depuis

que l'expérience récente des modifications apportées à nos codes par la méthode des décrets-lois n'a contribué qu'à augmenter la confusion.

Sur un point cependant une précision de la loi, à l'imitation des lois italiennes et allemandes, ne serait pas inutile. Nous voulons parler de la sanction à prévoir en cas de refus de l'une des parties à désigner son arbitre. Le texte qui nous inspire le plus de confiance et qui pourrait servir de base au législateur serait la proposition de M. Dreyfus. Elle a déjà l'avantage d'avoir rallié la presque unanimité de la doctrine.

Vu : *Le Doyen*,
G. RIPERT.

Vu : *Le Président*,
René CASSIN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Ch. ROUSSY

BIBLIOGRAPHIE

I. — *Ouvrages généraux et traités.*

- CUCHE. — Précis de procédure civile et commerciale, Paris 1939.
- ESCARRA (Jean). — Principes de droit commercial, t. I, Paris 1935.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — Traité théorique et pratique de Procédure Civile, 3^e éd. avec suppléments (1933).
- GLASSON (E.), MOREL (R.) et TISSIER (A.). — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, tome V, 3^e édition, Paris 1936.
- JAPIOT. — Traité élémentaire de Procédure Civile, 2^e édition, Paris 1929.
- MOREL (R.). — Traité élémentaire de Procédure Civile, Paris 1932 (avec suppléments).
- SOLUS. — Cours de procédure civile (1938-39).

II. — *Thèses.*

- BEAUREGARD. — La clause compromissoire, Paris 1911.
- DUPRÉ. — La clause compromissoire, Paris 1910.
- LIEZ (Jean). — La clause compromissoire en droit commercial, Toulouse 1935.
- ROBERT (Jean). — La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage, Paris 1929.
- ROTHE. — La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925, Paris 1934.

III. — *Articles de revues — Notes et Rapports.*

- BRETHER DE LA GRESSAYE. — Note 5.1933.2.17.
- CÉZAR-BRU. — Commentaire de la loi du 31 décembre 1925, *Lois Nouvelles*, 1926.

- DREYFUS (Louis). — Rapport à la Chambre des Députés, *J.O.* 1908, annexe n° 1654.
- La clause compromissoire, *Revue Politique et Parlementaire*, 10 déc. 1925.
- HAMEL. — La clause compromissoire dans les rapports de commerce internationaux (*Revue de Droit international privé*, 1922, p. 728).
- La clause compromissoire dans les contrats commerciaux, *Dalloz hebdomadaire*, 1926, p. 15.
- MOREL (René). — La clause compromissoire en matière commerciale, Paris 1926 (Extrait de la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*).
- PERCEROU (J.). — Consultation à la Chambre arbitrale de la Bourse de Commerce de Paris (*Le port de Dunkerque*, 1927, extrait).
- ROBERT (Jean). — Note S. 1933.2.81.
- ROUBIER (Paul). — Note S. 1930.2.65.
- WAHL (A.). — Chronique de la Semaine Juridique, 1927, n°s 2 et 3.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
------------------------	---

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

HISTORIQUE ET PRÉCÉDENTS DE LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1925

I. Le Code de Procédure civile et la Jurisprudence postérieure à 1843 : arguments de textes. — 2. Réfutation des arguments de textes. — 3. Arguments économiques. — 4. Réfutation. — 5. Atténuations jurisprudentielles. — 6. Mouvement législatif. — 7. La loi du 31 décembre 1925	8
---	---

CHAPITRE PREMIER

LA LOI DU 31 DÉCEMBRE DOIT-ELLE ÊTRE RÉTROACTIVE ?

8. Position de la question ; analyse de la jurisprudence écartant la rétroactivité de la loi du 31 décembre 1925. — 9. Analyse de la doctrine qui se prononce dans le même sens. — 10. Quelques exemples de jurisprudence se prononçant en faveur de la rétroactivité de la loi de 1925. — 11. Deux importants arrêts des Cours de Poitiers et de Paris. — 12. Conclusion	19
---	----

CHAPITRE II

FORMES ET PREUVES DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

SECTION I. — 13. La Doctrine. — 14. Double importance de la question. — 15. Application des règles du compromis. Première sous-distinction. Deuxième sous-distinction. — 16. La preuve par tous les moyens. — 17. Système intermédiaire : les clauses attributives de compétence	31
--	----

SECTION II. — <i>La Jurisprudence.</i> 18. Sens général de l'évolution jurisprudentielle. — 19. Analyse des décisions appliquant à la clause compromissoire les règles du compromis (article 1005 du C. pr. civ.). — 20. Revirement de la jurisprudence : étude critique des principales décisions	36
--	----

CHAPITRE III

DÉSIGNATION DES ARBITRES

QUID DU CAS OU ON DÉSIGNE UN ORGANISME PERMANENT

21. Position du problème. — 22. La jurisprudence antérieure à 1925. — 23. La Jurisprudence postérieure à 1925. — 24. Règlement des Chambres arbitrales. (Affaire du syndicat des importateurs de Maïs de la Plata Bordeaux et les arguments du Tribunal civil de Bordeaux). — 25. Les trois points de l'argumentation de la Cour de Bordeaux. — 26. a) La nature amiable ou volontaire de l'arbitrage. — 27. Critique : nature juridique de la désignation des arbitres. — 28 b) La désignation par la Chambre arbitrale serait condamnée par le Code de procédure civile. Critique. — 29 c) La transgression des règles fondamentales de notre organisation judiciaire. Critique. — 30. Revirement de la Jurisprudence (jugement du Tribunal Civil de la Seine du 10 octobre 1925). — 31. Arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation (5 novembre 1936) et fondement en droit de cette jurisprudence. — 32. Essais de réforme législative (proposition Louis Dreyfus).	45
--	----

CHAPITRE IV

SANCTION DE L'OBLIGATION DE COMPROMETTRE REFUS DE DÉSIGNER L'ARBITRE

33. Position de la question : exécution forcée ou dommages-intérêts. — 34. Inconvénients de la solution de dommages-intérêts et moyens d'y échapper	71
---	----

SECTION I. — <i>La Doctrine</i> : 35. Théorie d'après laquelle l'exécution directe est impossible. Arguments. — 36. Réfutation. — 37. Analyse de l'article 1142 du C. Civ. — 38. Arguments tirés du caractère volontaire de l'arbitrage.....	74
SECTION II. — <i>La Jurisprudence</i> : 39. Les deux tendances de la jurisprudence avant 1925. — 40. Les arrêts postérieurs à 1925. — 41. Revirement jurisprudentiel depuis 1934. — 42. L'arrêt de la Chambre Civile du 26 février 1939.....	80
SECTION III. — <i>Les réformes</i> : 43. L'article 2 de la Commission de Législation du Sénat : la voie de l'ordonnance sur requête ; critique. — 44. Le procédé du référé commercial : propositions Besnard et Dreyfus. — 45. Avantages de cette mesure.....	91
CONCLUSION	98
BIBLIOGRAPHIE	100

